

**WYROK**  
z dnia 25 czerwca 2018 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska

**Protokolant:** Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 czerwca 2018 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 czerwca 2018 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Firm:

1. **Drogowa Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Chełmie (Lider Konsorcjum), oraz:**
2. **M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej „LISPUS” M. D. z siedzibą w Chełmie (Partner Konsorcjum)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu**, z siedzibą w Poznaniu

**orzeka:**

1.
  - a. **uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego;**
  - b. **w zakresie naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust 1b pkt. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp uznaje zarzuty odwołania za niewykazane;**
2. **kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, z siedzibą w Poznaniu i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Firm**:
  - a. **Drogowa Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Chełmie (Lider Konsorcjum), oraz:**
  - b. **M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej „LISPUS” M. D. z siedzibą w Chełmie (Partner Konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego **Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Firm**:
  - a. **Drogowa Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Chełmie (Lider Konsorcjum), oraz:**
  - b. **M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej „LISPUS” M. D. z siedzibą w Chełmie (Partner Konsorcjum)** kwotę w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

W dniu 13 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 179 oraz art. 180 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Firm:

1. Drogowa Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Chełmie (Lider Konsorcjum), oraz
  2. M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej „LISPUS” M. D. z siedzibą w Chełmie (Partner Konsorcjum)
- zwani dalej „Konsorcjum” lub „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na opracowanie dokumentacji projektowej: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 263 w m. Ślesin wraz z budową mostu przez Kanał Ślesiński” prowadzi Zamawiający: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu w dniu 8 czerwca 2018 r. Konsorcjum z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiającemu Odwołujący zarzucił rażące naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp przez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że Odwołujący w oświadczeniach i dokumentach dołączonych do oferty w sposób właściwy wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania bez uprzedniego wezwania Konsorcjum do przedłożenia prawidłowych dokumentów, które w ocenie Zamawiającego potwierdzałyby spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust 1b pkt. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez arbitralne i nieuprawnione uszczegółowienie treści SIWZ na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, które wykracza poza granice prawidłowej wykładni;
- § 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. poprzez jego nieuprawnione zastosowanie dla oceny zakresu wymaganego od Wykonawców doświadczenia, w sytuacji, w której przepisy ww. rozporządzenia dotyczą jedynie wymogów

stawianym dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych;

- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w związku ze złożonymi wraz z ofertą oświadczeniami i dokumentami wykazującymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości wykazania przez oświadczenia i dokumenty spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji, o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz - w konsekwencji, odrzucenia jego oferty,
2. dokonania ponownej oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniu, z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wszystkich zarzutów dotyczących posiadania przez Odwołującego stosownego doświadczenia, warunkującego uczestnictwo w postępowaniu, wnoszono o zobowiązanie Zamawiającego:

- do wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie zakresu wykonanych w ramach doświadczenia robót, względnie,
- do wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, opisanych w treści pkt. 6.2.3 SIWZ.

Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu w dniu 12 czerwca 2018 r. Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 8 czerwca 2018 r., w którym to dniu Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Informację o Odrzuceniu Oferty. Zatem termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 w. zw. z art. 14 ust. 2 ustawy Pzp został dochowany. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Dalej podkreślono, że Konsorcjum posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przypadku uwzględnienia wskazanych wniosków oferta Konsorcjum zostanie poddana dalszej ocenie, zgodnie z przedstawionym w treści SIWZ kryterium oceny ofert, w wyniku której zostanie uznana za najkorzystniejszą z ofert złożonych w postępowaniu. Zaproponowana przez Konsorcjum cena wykonania zamówienia była bowiem najniższą z wartości przedstawionych przez innych Oferentów. Okres rękojmi (7 lat) był natomiast identyczny jak u pozostałych Wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że zgodnie z treścią pkt. 6.2.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), celem wykazania posiadania zdolności

technicznej lub zawodowej Wykonawca musiał legitymować się m.in. wiedzą i doświadczeniem polegającym na „wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie:

- 2 projektów budowlanych dotyczących rozbudowy lub budowy drogi klasy min. G o długości min. 1.0 km każdy w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1496 ze zmianami);

- 2 projektów dotyczących rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami; Zamawiający uzna również warunek za spełniony jeżeli projekt budowlany obejmować będzie rozbudowę lub budowę drogi klasy G o długości min. 1,0 km wraz z budową lub rozbudową obiektu mostowego z dojazdami. Zadanie musi być prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1496 ze zmianami).”

W dniu 4 maja 2018 r., na skutek zadanego pytania, Zamawiający zmodyfikował na podstawie art. 38 ust.4 i 4a ustawy Pzp ten warunek, wskazując, iż koniecznym jest: „wykonanie (zakończenie) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- 2 projektów budowlanych dotyczących rozbudowy lub budowy drogi klasy min. G, o długości min. 1.0 km każdy w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1496 ze zmianami);

- 2 projektów dotyczących rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami. Zamawiający uzna również warunek za spełniony jeżeli projekt budowlany obejmować będzie rozbudowę lub budowę drogi klasy G o długości min. 1,0 km wraz z budową lub rozbudową obiektu mostowego z dojazdami. Zadanie musi być prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1496 ze zmianami).”

Celem wykazania spełniania drugiego z warunków, tj. wykonania 2 projektów dotyczących rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami, Odwołujący przedłożył wykaz usług, w którym oświadczył, iż w okresie ostatnich 5 lat wykonał:

- projekt dotyczący rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami na zadaniu: „Opracowanie Studium Wykonalności z Koncepcją Programowo - Przestrzenną oraz uzyskanie decyzji środowiskowej i wykonanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla zadania pt „Budowa obwodnicy miejscowości Łagów w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 756” na rzecz Gminy Łagów

- projekt dotyczący rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami na zadaniu: „Opracowanie Studium Wykonalności z koncepcją oraz uzyskanie decyzji środowiskowej i wykonanie programu funkcjonalno - użytkowego dla zadania pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 764 Kielce - Staszów wraz z budową obwodnicy miejscowości Ociesęki" na rzecz Gminy Raków.

Wraz z wykazem, Odwołujący przedłożył dwa egzemplarze „Poświadczenia wykonania usługi”, wystawione przez Inwestorów, na rzecz których powyższe prace zostały wykonane. Z treści tych dokumentów wynika, iż Odwołujący:

- w ramach inwestycji prowadzonej przez Gminy Raków - opracował Program Funkcjonalno - Użytkowy, Koncepcję Programowo Przestrzenną oraz Koncepcje obiektów inżynierskich,

- w ramach inwestycji prowadzonej przez Gminę Łagów - opracował koncepcję dwóch obiektów mostowych, Program Funkcjonalno - Użytkowy, Koncepcję Programowo Przestrzenną oraz Studium Uwarunkowań.

Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z art. 4 ppkt. 12 ustawy o drogach publicznych, za drogowy obiekt inżynierski uznaje się obiekt mostowy, tunel, przepust i konstrukcję oporową. Podobnie, w treści § 1 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowo inżynierskie i ich usytuowanie z dnia 30 maja 2000r. wyraźnie wskazano, iż do obiektów inżynierskich zalicza się, obok tuneli, przepustów i konstrukcji oporowych, przede wszystkim obiekty mostowe.

Zgodnie z tymi definicjami, Odwołujący w treści złożonego wykazu usług oświadczył, iż prace wykonane na rzecz Gminy Łagów i Raków, dotyczyły obiektów mostowych.

Z przedłożonych dokumentów w sposób bezsporny wynikało w jego ocenie, iż Konsorcjum posiada doświadczenie polegające na wykonaniu dwóch dokumentacji projektowych dotyczących budowy lub rozbudowy obiektu mostowego.

Pomimo powyższego, pismem z dnia 8 czerwca 2018 r. Zamawiający, wykluczając Konsorcjum z prowadzonego postępowania, uznał, iż Odwołujący posiada doświadczenie jedynie w realizacji 2 projektów budowlanych dotyczących rozbudowy lub budowy drogi klasy min. G, natomiast nie posiada doświadczenia w zakresie realizacji 2 projektów dotyczących rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami.

W ocenie Zamawiającego, zgodnie z treścią Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego oraz zgodnie z treścią Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w sprawie studiów i składu dokumentacji projektowej dla dróg i mostów w fazie przygotowania zadań:

„dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z projektu budowlanego”.

W konsekwencji, według Zamawiającego, jedynie projekt budowlany spełnia warunki zapisane w SIWZ dla zadania na opracowanie dokumentacji projektowej dla przedmiotowego zadania. Z uwagi na powyższe, Zamawiający przyjął, iż wskazane przez Wykonawcę opracowania nie zawierają „dokumentacji kwalifikowanej jako projekt umożliwiający spełnienie wymagań dotyczących postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych”

Z tak przedstawionym stanowiskiem Odwołujący się nie zgadza.

W pierwszej kolejności nie można zaaprobować stanowiska Zamawiającego dlatego, że powołane przez niego rozporządzenie, wydane na podstawie upoważnienia zawartego w art. 31 ust. 4 ustawy Pzp, określa jedynie szczegółowy zakres i formę dokumentacji projektowej, która jest podstawą opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, zgodnie z art. 31 ust. 1-3 ustawy Pzp. Nie jest to zatem dokument, który, po pierwsze, definiowałby sposób oceny doświadczenia Wykonawcy zdobytego w ramach innych inwestycji, ani też dokument, który mógłby być pomocny przy ocenie zakresu zrealizowanych przez Odwołującego prac projektowych.

Innymi słowy - zakres doświadczenia Wykonawcy w realizacji określonych usług projektowych, wskazany w treści złożonego wykazu usług, winien być oceniany zgodnie z treścią tegoż Wykazu, treścią wymogów SIWZ, Referencji/Poświadczeń wykonania usługi oraz ewentualnych, dalszych wyjaśnień Wykonawcy, składanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Treść powołanego przez Zamawiającego Rozporządzenia w żaden sposób nie ogranicza ani Zamawiającego, ani też innych Inwestorów, w zamawianiu usług projektowych różnego rodzaju, które mogą dotyczyć zamówienia tak projektów budowlanych, jak i innego rodzaju projektów, koncepcji i opracowań. Rozporządzenie to określa jedynie zakres dokumentów, jakie Zamawiający powinien posiadać dla rozpisania przetargu na wykonanie robót budowlanych - nie zaś dokumentów, jakie firmy projektowe mogą opracowywać na rzecz Zamawiających w ramach postępowań dotyczących wykonania usług projektowych. Co więcej, postanowienia SIWZ nawet nie sugerują - nie mówiąc już, by wskazywały wprost, że postawione przez Zamawiającego w pkt. 6.2.3 warunki należałoby interpretować zgodnie z przywołanym dokumentem.

Z uwagi na powyższe Konsorcjum wskazało, iż ten dokument w żaden sposób *ipso iure* nie przesądza o zakresie posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia.

Zarzut naruszenia art. 22 ust 1a w zw. z art. 22 ust 1b pkt. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez arbitralne i nieuprawnione uszczegółowienie warunków udziału w postępowaniu na etapie oceny ofert, które wykracza poza granice prawidłowej wykładni.

W ocenie Konsorcjum nieuprawnione i niezasadne odwołanie się do treści § 4 Rozporządzenia doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający zaniechał weryfikacji potencjału Wykonawcy w kontekście opisanych w treści SIWZ warunków, całkowicie bagatelizując treść wymogów, które sam Oferentom postawił. Treść pkt. 6.2.3 tiret drugi - w sposób wyraźny wskazuje, że każdy z Oferentów powinien legitymować się jedynie doświadczeniem w wykonaniu „2 projektów dotyczących rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami”. W przeciwieństwie bowiem do obiektów drogowych, Zamawiający nie wymagał w tym zakresie posiadania doświadczenia w sporządzeniu projektów budowlanych. Żaden pkt. treści SIWZ na to nie wskazuje. Wręcz przeciwnie. Wielokrotne i konsekwentne posługiwanie się przez Zamawiającego terminem "projekt" - w odniesieniu do mostów, i "projekt budowlany" - w odniesieniu do robót drogowy, wskazuje na celowe i świadome zróżnicowanie kryteriów dla obu zadań.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu należy przyjąć, że pod pojęciem „dokumentacja projektowa” Zamawiający rozumiał każdą dokumentację, która choćby pośrednio odnosi się do obiektów mostowych. Może to być zatem nie tylko projekt budowlany, lecz także projekt wstępny [konceptyjny], projekt przetargowy lub projekt wykonawczy. Przyjęcie przeciwnego toku myślenia prowadziłoby do nadania pojęciu „projekt” węższego znaczenia niż wynikające z treści SIWZ, a to z kolei godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zaakceptowanie przyjętej przez Zamawiającego argumentacji doprowadziłoby nadto do nieuprawnionego uszczegółowienia, czy nawet korekty, treści SIWZ, na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób dla Wykonawcy niekorzystny, co z kolei skutkowałoby naruszeniem ugruntowanej w orzecznictwie zasady interpretacji wątpliwości co do treści SIWZ na korzyść Oferenta.

Odwołujący zaznaczył, powołując się na orzecznictwo KIO, że postulat wykładni niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 7 ust 1 p.z.p. Co wyraźnie wskazuje na niedopuszczalność modyfikacji treści SIWZ na tym etapie postępowania. Powyższe w sposób oczywisty świadczy o wadliwości działań Zamawiającego.

#### Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie

Jedynie z daleko idącej ostrożności Odwołujący podniósł, iż wbrew dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie został on - przed wykluczeniem z postępowania, wezwany do przedłożenia prawidłowego wykazu usług, którego treść potwierdzałaby spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z przywołanym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, lub jeżeli oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości,



zamawiający wzywa, tj. zobligowany do wezwania, do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. Zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wykazu - zwłaszcza wobec treści zapisów SIWZ, stanowi istotne uchybienie i świadczy o konieczności uwzględnienia odwołania.

Co istotne, Zamawiający miał także możliwość - w myśl art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, szczegółowego wyjaśnienia zakresu prac, jakie wykonał Odwołujący się na rzecz wskazanych powyżej Inwestorów. Zaniechanie skorzystania z tej możliwości także świadczy o istotnym uchybieniu proceduralnym, albowiem do wykluczenia wykonawcy doszło przed wyjaśnieniem rzeczywistego zakresu doświadczenia, jakim legitymuje się Konsorcjum.

W związku z powyższym, Odwołujący uważa, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na pełne uwzględnienie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, złożonym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego, a także uznanie jego oferty za odrzuconą, w sytuacji, gdy mogłaby zostać ona uznana za najkorzystniejszą, oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości, Odwołujący podtrzymał argumentację wyrażoną w odwołaniu.

**Izba ustaliła, że:**

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył brzmienie zapisów SIWZ oraz odpowiedzi na pytania i zmian SIWZ istotnych z punktu rozstrzygnięcia sporu.

W Informacji o wyniku postępowania Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zostaje wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp bowiem nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt.6.2.3 SIWZ.

Zgodnie z przedmiotowym zapisem Wykonawca musiał wykazać się wiedzą i doświadczeniem polegającym na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- 2 projektów budowlanych dotyczących rozbudowy lub budowy drogi klasy min. G o długości min. 1,0 km każdy w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1496 ze zmianami);
- 2 projektów dotyczących rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami. Zamawiający uzna również warunek za spełniony jeżeli projekt budowlany obejmować będzie rozbudowę lub budowę drogi klasy G o długości min.1,0 km wraz z budową lub rozbudową obiektu mostowego z dojazdami. Zadanie musi być prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1496 ze zmianami).

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył dokumenty, z których wynika posiadanie doświadczenia w realizacji 2 projektów budowlanych dotyczących rozbudowy lub budowy drogi klasy min. G.

Natomiast nie wykazano posiadania doświadczenia w zakresie realizacji 2 projektów dotyczących rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami. Załączone poświadczenia, wydane przez Urząd Gminy Łagów i Raków, dotyczą realizacji zamówienia na opracowanie studium wykonalności z koncepcją oraz programu funkcjonalno – użytkowego PFU, które nie jest opracowaniem dokumentacji projektowej rozbudowy lub budowy mostu.

Zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 10 maja 2013 (Dz.U. z 2013 roku poz. 1129) w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonywania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego oraz Zarządzeniem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w sprawie stadiów i składu dokumentacji projektowej dla dróg i mostów w fazie przygotowania zadań:

1. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z projektu budowlanego, wykonawczego, przedmiaru robót oraz informacji BIOZ.

2. Program funkcjonalno – użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Nie zawiera za to projektu budowlanego, jak i wykonawczego.

3. Celem wykonania Studium Wykonalności jest dostarczenie danych niezbędnych do podjęcia decyzji inwestycyjnej przez inwestora, a także przez instytucję finansującą. Przedmiotem analizy dokonywanej w toku przygotowania Studium Wykonalności są uwarunkowania techniczne, ekonomiczne, finansowe oraz związane ze środowiskiem naturalnym i strukturą organizacyjną inwestora. Nie zawiera za to opracowań projektowych.

4. Koncepcja programowa stanowi stadium projektowe przed wykonaniem projektu budowlanego. Służy określeniu kosztów, porównaniu wariantów inwestycyjnych, dostarcza informacje do podjęcia ostatecznej decyzji inwestorskiej i uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Natomiast, na podstawie przygotowanych opracowań nie można pozyskać ostatecznych warunków i decyzji niezbędnych do uzyskania decyzji zgody na realizację inwestycji drogowej. Mając, powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że jedynie projekt budowlany spełnia warunki zapisane w SIWZ dla zadania na opracowanie dokumentacji projektowej dla „Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 263 w m. Ślesin wraz z budową mostu przez Kanał Ślesiński”. Pozostałe opracowania nie zawierają dokumentacji kwalifikowanej jako projekt umożliwiający spełnienie wymagań dotyczących postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych. Zatem zgodnie z art. 24. ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą i na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 odrzuca się.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający przedwcześnie podjął decyzje o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą.

W ocenie składu orzekającego Izby warunek udziału w postępowaniu został opisany w ten sposób, że należało się wykazać doświadczeniem przy realizacji 2 projektów budowlanych dotyczących rozbudowy lub budowy obiektu mostowego z dojazdami. Za takim rozumieniem i odczytaniem warunku przemawia dalsza jego treść, w której Zamawiający

zaznacza, że warunek będzie spełniony jeżeli projekt budowlany (podk. własne) będzie dotyczył obiektów budowlanych o określonych cechach. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego nie można wywodzić, iż warunek zakładał możliwość przedstawienia jako usługi referencyjnej projektu nie będącego projektem budowlanym, na przykład programu funkcjonalno-użytkowego, koncepcji, studium wykonalności obiektu mostowego. Nie było także wymaganiem Zamawiającego przedstawienie usługi wykonania projektu budowlanego drogi i projektu (bez bliższego określenia charakteru tego projektu) dla obiektu mostowego. Taka bowiem wykładnia treści warunku niweczy sens jego pierwszej części, gdzie Zamawiający wymagał wykonania 2 projektów budowlanych dotyczących rozbudowy lub budowy drogi, czyli dokładnie takiego samego elementu, jak w przypadku drugiej części warunku. Taki wywód pozbawiony jest logiki i nie odpowiada gramatycznej i literalnej wykładni warunku.

Sformułowanie „Zamawiający uzna również warunek za spełniony (...)” odnosić należy do okoliczności, że możliwe było przedstawienie usługi projektu budowlanego dla drogi, w ramach którego wykonano także projekt budowy lub rozbudowy obiektu mostowego z dojazdami. Możliwe było więc przedstawienie usług, gdzie wykonano sam obiekt mostowy z dojazdami lub usług, gdzie wykonano projekt drogi wraz z obiektem mostowym z dojazdami, a w każdym przypadku inwestycja prowadzona była w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1496 ze zmianami).

Dlatego też Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 22 ust 1a w zw. z art. 22 ust 1b pkt. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez arbitralne i nieuprawnione uszczegółowienie warunków udziału w postępowaniu na etapie oceny ofert, które wykracza poza granice prawidłowej wykładni. Zamawiający od wszczęcia postępowania rozumiał warunek w ten sam sposób, nie nastąpiła zmiana lub rozszerzenie treści warunku na etapie oceny ofert wykonawców. Jeżeli zaś Wykonawca miał wątpliwości co do sposobu skonstruowania i możliwości odczytania warunku, to winien był na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dołożyć należytej staranności i spróbować owe niejasności wyjaśnić, choćby przez zadanie pytania co do treści SIWZ. Na obecnym etapie postępowania Izba nie dopatrzyła się niejasności w treści SIWZ, które należałoby odczytywać, czy też tłumaczyć na korzyść Wykonawcy.

W dalszej części uzasadnienia orzeczenia dostrzeżenia wymaga, iż złożony przez Odwołującego wykaz usług wraz z poświadczeniami należytego ich wykonania dla obiektów mostowych nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu i w tym punkcie oferta Odwołującego została oceniona prawidłowo. Obie wykazane usługi referencyjne dotyczyły projektów o innym charakterze niż budowlany, odnosiły się do założeń

konceptyjnych wykonania obiektów, wstępnej fazy inwestycyjnej i nie stanowiły podstawy do uzyskania pozwolenia na budowę. Słusznie zatem Zamawiający uznał, że na tej podstawie nie może pozytywnie ocenić Odwołującego, jednakże niesłusznie uznano, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. Biorąc pod uwagę treść złożonych wykazów i poświadczeń, Zamawiający winien zastosować regulację art. 26 ust. 3 i 26 ust. 4 ustawy Pzp i w tym zakresie Izba uznała zarzuty odwołania za uzasadnione.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w obecnym brzmieniu stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne jest unieważnienie postępowania.

Swoje postępowanie Zamawiający tłumaczył w ten sposób, że w jego ocenie złożone oświadczenia i dokumenty nie budziły żadnych wątpliwości, ale nie potwierdzały spełnienia warunku i dlatego podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Z taką wykładnią przywołanego przepisu nie można się zgodzić. W ocenie składu orzekającego Izby aktualnie pozostaje nadal orzecznictwo Izby i sądów okręgowych, z którego wynika, że w przypadku złożenia oświadczeń lub dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy należy dać szansę na zweryfikowanie swoich umiejętności i wezwać go do złożenia dokumentów i oświadczeń prawidłowych. Gdy przyjąć stanowisko Zamawiającego, to w lepszej sytuacji znajdowałby się wykonawca, który w ogóle nie zareagowałby na wezwanie zamawiającego i zaniechał złożenia dokumentów (wraz z ofertą, czy w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp), niż wykonawca, który zastosował się do wezwania ale złożył dokumenty nie do końca wpisujące się w treść warunku. Przepis wprost stanowi, że możliwe jest uzupełnienie, poprawienie lub złożenie wyjaśnień. Wyrażenie „budzą wątpliwości” zawiera w sobie także wątpliwości o merytorycznym aspekcie dokumentów odnoszącym się do oceny ich treści i właśnie wypełnienia przesłanek związanych z ustalonymi warunkami udziału w postępowaniu. Jeżeli ten aspekt Zamawiający ocenia negatywnie, to zobowiązany jest zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp celem wyjaśnienia wątpliwości związanych ze spełnieniem lub niespełnieniem przez danego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Dopiero gdy ocena uzupełnionych dokumentów da negatywny wynik, możliwe jest wykluczenie wykonawcy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty zastępstwa procesowego na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Jako podlegające zwrotowi Izba uznała jedynie koszty związane z wpisem oraz z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie złożonej faktury VAT na kwotę 3.600 zł). Izba nie znalazła natomiast podstaw do zasądzenia na rzecz Odwołującego dalszych kosztów dokumentowanych fakturą VAT dotyczącą kosztów dojazdu na kwotę 614,58 zł. Złożona faktura VAT nie określa jaki przelicznik został przyjęty. Jeżeli intencją pełnomocnika byłoby odwołanie się do stawek zawartych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. Nr 27, poz. 271 ze zm.), to należy w tym miejscu wyrazić wątpliwość, by w stosunku do pełnomocnika mogły znaleźć w tym postępowaniu przepisy ww. rozporządzenia. Zgodnie z § 1 ww. rozporządzenia zwrot kosztów dotyczy używania określonych pojazdów niebędących własnością pracodawcy, przez pracownika. Pełnomocnik nie jest w tym postępowaniu pracownikiem pracodawcy. Należy ponadto podkreślić, iż przepisy w/w rozporządzenia mają charakter autonomicznej regulacji prawnej. Przepisy dotyczące rozliczania należności pracowniczych z tytułu podróży służbowej nie wyłączają konieczności dokonania przez Izbę własnej oceny, co do zakwalifikowania danych kosztów do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego. Mając na uwadze, że Odwołujący nie wykazał podstaw zastosowanego przelicznika, Izba nie mogła przyjąć za wiarygodne wyliczenia zawartego w złożonej fakturze, a tym samym uczynić go podstawą zasądzenia żądanych kosztów (tak KIO w: wyroku z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1654/13; wyroku z dnia 21 października 2015 r., sygn. akt: KIO 2096/15; wyroku z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt KIO 369/15).

**Przewodniczący:**