

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2011 r.

przez wykonawcę: **Zdzisław Banaś prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „DROBUD” Firma Transportowo-Budowlana Zdzisław Banaś, 32-087 Bibice, ul. Spacerowa 86**

od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego: **Gmina Zielonki, 32-087 Zielonki, ul. Krakowskie Przedmieście 116**

przy udziale wykonawcy: **Wiesław Figa prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „TRANSFIG” Wiesław Figa, Przeginia Duchowna 300, 32-061 Rybna – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania „DROBUD” Firmy Transportowo-Budowlanej Zdzisław Banaś z Bibic, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zielonki i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „DROBUD” Firmę**

Transportowo-Budowlaną Zdzisław Banaś z Bibic – tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **Gminy Zielonki** na rzecz „**DROBUD**” **Firmy Transportowo-Budowlanej Zdzisław Banaś z Bibic** kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 – Gmina Zielonki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Przebudowa dróg gminnych w Gminie Zielonki w zakresie budowy, nawierzchni bitumicznych destruktu asfaltowego* (oznaczenie sprawy DIS.7021.183.2011.RM).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 1 lipca 2011 r. pod nr 181530-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.zielonki.pl, w zakładce www.wrotamalopolski.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 439.500,00 zł, co stanowi równowartość 114.482,94 euro.

9 sierpnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty Odwołującemu – Zdzisławowi Banasiowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą „DROBUD” Firma Transportowo-Budowlana Zdzisław Banaś (dalej zwanego w skrócie „DROBUD”) – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, który został sprecyzowany w sekcji II pkt. 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie: „s.i.w.z.” lub „SIWZ”) w następujący sposób: *wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości minimum 360 tys. zł brutto polegającej na wykonaniu nawierzchni bitumicznej z destruktu asfaltowego o powierzchni minimum 15 tys. m².*

Zamawiający wskazał, iż dla wykazania się spełnieniem przedmiotowego warunku wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty dokumenty w postaci wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia tej działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów, np. referencji potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W wykazie wykonanych robót załączonym do oferty Odwołującego podano cztery roboty budowlane, z których ewentualnie tylko robota

Sygn. akt KIO 1752/11

uwidoczniła w pozycji nr 3 mogła spełnić stawiany warunek. Z wykazu i referencji nie wynikało jednak, że roboty wykonano w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, tj. od 18 lipca 2006 r. do 18 lipca 2011 r. W wyniku wezwania do uzupełnienia braków z 27 lipca 2011 r. Wykonawca złożył 28 lipca 2011 r. pisemne oświadczenie, że roboty te zostały wykonane po 18 lipca 2006 r.

Zamawiający stwierdził dalej, iż ponieważ przedstawione roboty wykonywane były dla Gminy Zielonki, dokonał weryfikacji referencji i stwierdził, że na przedstawione roboty składa się pięć odrębnych zamówień:

1. Na kwotę 183.000,00 zł, wykonano 23.838 m² destruktu, umowa nr GK.7041-43/06 z 14 września 2006 r., końcowy odbiór 16 listopada 2006 r.
2. Na kwotę 217.635,80 zł, wykonano 4.710 m² destruktu, umowa nr GK.7041-7/06 z 14 kwietnia 2006 r., końcowy odbiór 9 sierpnia 2006 r.
3. Na kwotę 22.500,00 zł, wykonano 1.000 m² destruktu, umowa nr GK.7041-19/06 z 8 maja 2006 r., odbiór 16 maja 2006 r.
4. Na kwotę 19.999,92 zł, wykonano 500 m² destruktu, umowa nr GK.7041-48/06 z 27 października 2006 r., odbiór 8 grudnia 2006 r.
5. Na kwotę 7.000,00 zł, wykonano 1.276 m² destruktu, umowa nr GK.7041-56/06 z 6 grudnia 2006 r., odbiór 15 grudnia 2006 r.

Zamawiający uznał, iż ponieważ każda z powyżej wymienionych robót stanowi odrębne zamówienie publiczne określone odrębną umową o wartości poniżej 360 tys. zł, nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu, ponieważ wykonawca zobowiązany był do wykazania się co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości 360 tys. zł brutto polegającej na wykonaniu nawierzchni bitumicznej z destruktu asfaltowego o powierzchni minimum 15 tys. m².

Zamawiający wskazał także, iż w wyniku ponownego wezwania do uzupełnienia braków pismem z 1 sierpnia 2011 r., „DROBUD” złożył 4 sierpnia 2011 r. pisemne wyjaśnienie, że warunek został spełniony przy założeniu zsumowania dwóch robót wykonanych w 2006 r. Zamawiający stwierdził, iż warunek udziału w postępowaniu nie przewidywał możliwości sumowania robót budowlanych nie podaje czasu ich sumowania.

16 sierpnia 2011 r. (pismem z 15 sierpnia 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od dokonanej przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania, któremu zarzucił naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z przepisem

art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp swojej oferty, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zarówno względy funkcjonalne, formalne jak i merytoryczne wskazują, że prace budowlane wskazane w referencjach wystawionych przez Gminę Zielonki (za 2006 r.) stanowią *de facto* jedną robotę budowlaną, która zarówno pod względem ceny, jaki i pod względem wielkości wykonanych prac odpowiada wymaganiom określony w s.i.w.z. Przedmiotowe prace objęte były odrębnymi zamówieniami publicznymi i ich wykonanie określone zostało w odrębnych umowach, jednakże taki podział prac był z punktu widzenia tożsamości przedmiotowej i korelacji czasowej bezzasadny, gdyż prace te mogły być objęte jednym zamówieniem i wykonane przez jednego wykonawcę, wobec czego *de facto* stanowią jedną robotę budowlaną.

Dla ustalenia czy w danym przypadku powinniśmy mieć do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo objętego decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. W przypadku robót budowlanych spośród wskazanych kryteriów szczególne znaczenie należy przypisać tożsamości przedmiotowej, a pozostałe dwa kryteria będą miały charakter posiłkowy. Pomocną (a nie decydującą) dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia może być definicja robót budowlanych zawarta w ustawie pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 8 pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przepisy Prawa budowlanego, do których odsyła ustawa pzp stanowią z

kolei, iż roboty budowlane to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7). Obiektem budowlanym jest natomiast budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, a także obiekt małej architektury (art. 3 pkt 1). W myśl powołanych przepisów z jednym zamówieniem mamy do czynienia w sytuacji realizacji robót budowlanych a zatem budowy albo przebudowy, montażu, remontu lub rozbiórki obiektu budowlanego. Zasadniczym zatem odniesieniem dla oceny czy chodzi o jedno, czy o wiele zamówień, powinien być przedmiot tych robót, czyli obiekt budowlany w rozumieniu Prawa budowlanego.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny sprawy wskazać należy, że prace wykonane przez „DROBUD” w 2006 r. dla Gminy Zielonki, a wyszczególnione w przedłożonych referencjach spełniają wymóg zarówno tożsamości przedmiotowej, tożsamości czasowej jak i możliwe były do wykonania przez jednego wykonawcę. Wszystkie przedmiotowe prace miały charakter prac budowlanych polegających na remoncie dróg gminnych poprzez pokrycie/utwardzenie ich warstwą destruktu asfaltowego. Technologia i metoda wykonania prac za każdym razem była taka sama, do ich wykonania zużyto takich samych materiałów budowlanych. Wszystkie prace wykonywane były w krótkim odcinku czasu, niekiedy nawet równolegle, przy wykorzystaniu tego samego sprzętu. Wskazuje to jednoznacznie obok ich tożsamości przedmiotowej na ich łączność funkcjonalną. Ponadto z zakresu przedmiotowego i terminów obowiązywania powyższych umów, wynika, że wszystkie te prace mogły zostać wykonane przez jednego wykonawcę przy wykorzystaniu posiadanego przez niego zasobu technicznego i ludzkiego. Z uwagi na powyższe zasadne jest twierdzenie, że przedmiotowe prace budowlane stanowiły jedną robotę budowlaną.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym (wraz z przekazaniem kopii odwołania), 19 sierpnia 2011 r. Wiesław Figa prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „TRANSFIG” Wiesław Figa, zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania

(Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, Zamawiający wniósł o jego oddalenie, natomiast w imieniu Przystępującego nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby.

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

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu go z postępowania przez Zamawiającego, która to czynność naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: s.i.w.z., oferty Odwołującego, pism Zamawiającego – z 27 lipca 2011 r., 1 i 9 sierpnia 2011 r., pism Odwołującego – z 28 lipca 2011 r. i 4 sierpnia 2011 r., a także z protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę

stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, dalszych pismach procesowych oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Izba ustaliła, iż przywołana na wstępie treść uzasadnienia zawartego w zawiadomieniu z 9 sierpnia 2011 r., powtarzająca w większości treść pisma Zamawiającego z 1 sierpnia 2011 r., odzwierciedla prawidłowo okoliczności faktyczne w zakresie:

- treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów wymaganych na potwierdzenie jego spełniania;
- treści wykazu i referencji załączonych do oferty Odwołującego;
- przebiegu postępowania w zakresie badania oferty Odwołującego, w tym treści pism skierowanych przez Zamawiającego oraz treść pisma Odwołującego z 28 lipca 2011 r.

Jednakże w zakresie dotyczącym pisma Odwołującego z 4 sierpnia 2011 r. ustalono, iż jego treść w zakresie zrelacjonowanym przez Zamawiającego przedstawiała się w rzeczywistości odmiennie, to jest w następujący sposób: *Przedłożone referencje z 24 czerwca 2009 r., wydane przez Gminę i Urząd Gminy Zielonki (...) złożone do oferty spełniają wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. M.in. w referencjach poz. 3 wykazano, że roboty wykonane w 2006 roku na kwotę powyżej 360 tys. zł [...] W ogłoszeniu (...) w pkt. III poz. 1.2 jest powiedziane: (...). W Ww. zdaniu nie ma mowy by była to jedna robota na ww. kwotę. Nadmieniam, że roboty z poz. 3 referencji / min. 2 z nich, tj. 1 na kwotę 183 000 zł, wykonano 23.838 m² destruktu, umowa nr GK.7041-43/06 z dnia 14.09.2006 r., końcowy odbiór 16.11.2006 r., 2. na kwotę 217.635,80 zł, wykonano 4.710 m² destruktu, umowa nr GK.7041-7/06 z 14.04.2006 r., końcowy odbiór 9.08.2006 r. wykonano w przeciągu pół roku w 2006 r., na łączną sumę, która przewyższa wartość toczącego się postępowania tj. 360 tys. zł, na terenie Gminy Zielonki.[...]*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut bezpodstawnego dokonania przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp przez niespełnienie opisanego w sekcji II pkt 1.2 s.i.w.z warunku udziału dotyczącego *posiadania wiedzy i doświadczenia wyrażającego się wykonaniem, w okresie ostatnich 5 lat przed*

upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie – co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości minimum 360 tys. zł brutto polegającej na wykonaniu nawierzchni bitumicznej z destruktu asfaltowego o powierzchni minimum 15 tys. m².

W niniejszej sprawie niesporna między Stronami była treść tego postanowienia, a także fakt, iż w 2006 r. Odwołujący wykonał należycie dla Zamawiającego roboty budowlane na podstawie 5 opisanych powyżej umów, które łącznie, a nawet biorąc pod uwagę tylko dwie z nich o największej wartości – przekraczały wartość 360 tys. zł, natomiast zakres rzeczowy wykonania 15.000 m² destruktu pokrywała już pierwsza z tych dwóch umów. Natomiast istotą sporu jest kwestia czy sformułowanie „jedna robota budowlana” determinuje konieczność wykazania spełnia warunku przez roboty budowlane wykonane na podstawie jednej umowy. Zamawiający uznał bowiem, iż uwzględnienie robót wykonanych przez Odwołującego na podstawie więcej niż jednej umowy prowadzi do niedopuszczalnego z punktu widzenia opisu sposobu oceny spełniania tego warunku sumowania większej liczby robót dla wykazania wymaganych parametrów wartości, przedmiotu i zakresu wykonanych prac.

Izba wzięta pod uwagę następujące dodatkowe ustalenia faktyczne. Zamawiający w referencji, którą wystawił 24 czerwca 2009 r. – potwierdził, iż Odwołujący w 2006 r. *zrealizował w ostatnich latach następujące prace związane z wykonaniem na terenie gminy Zielonki nawierzchni tłuczniowej lub z destruktu asfaltowego*, wskazując dla 2006 r. wartość robót 450.158,21 zł oraz powierzchnię nawierzchni 31.324,00 m². Izba ustaliła także, iż z § 2 wzoru umowy wynika, iż przedmiot zamówienia postępowania aktualnie prowadzonego postępowania dotyczy wykonania nawierzchni bitumicznych z destruktu asfaltowego o łącznej powierzchni 15 tys. m² na odcinkach 6 różnych dróg gminnych, z których dwie znajdują się w Zielonkach (odcinki o długości ok. 1000 i 500 m), a inne w innych miejscowościach: Owczarach (odcinek długości ok. 1000 m), Bibicach (odcinek długości ok. 1000 m), Grębynicach (odcinek długości ok. 100 m) i Batowicach (odcinek długości ok. 500 m). Z kolei przebieg rozprawy ujawnił niesporną okoliczność, iż również przedmiotem umów z 2006 r. (z wyjątkiem umowy na kwotę 217 tys. zł) były roboty dotyczące fragmentów różnych dróg, placów itp. na terenie Gminy Zielonki. Z porównania dat zawarcia i wykonania umów wynika, iż prace przypadały nieprzerwanie na okresy: od 14 kwietnia do 9 sierpnia oraz od 14 września do 15 grudnia, a zatem niemal zawsze przed zakończeniem wykonywania jednej umowy zawierana była już następna.

Izba zważyła, iż w okolicznościach niniejszej sprawy stanowisko Zamawiającego nie

znajduje uzasadnienia. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż zarówno art. 2 pkt 8 ustawy pzp, jak i art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane posługują się pojęciem „robót budowlanych”, stąd nie należy z samego faktu użycia liczby mnogiej w sformułowaniach typu „roboty”, „prace” – wywodzić wniosku, iż nie stanowią one wymaganej treścią warunku sformułowanego w ogłoszeniu i s.i.w.z. „roboty budowlanej”. Z treści warunku wynika natomiast, iż przez ową robotę budowlaną rozumie się wykonanie nawierzchni bitumicznej z destruktu asfaltowego. Jednocześnie ze sformułowania warunku nie wynika, iż robota taka miała dotyczyć wyłącznie przebudowy jednej drogi jako obiektu liniowego w rozumieniu art. 3 pkt 3a Prawa budowlanego, czyli obiektu budowlanego, którego charakterystycznym parametrem jest długość. Nieadekwatna jest zatem przedstawiona na rozprawie argumentacja Zamawiającego, iż nie może uznać robót wykonanych na podstawie kilku umów, gdyż nie dotyczyły łączących się odcinków jednej drogi – jednego obiektu liniowego, co ewentualnie mogłoby uzasadniać zaliczenie ich na poczet spełniania postawionego wymagania. Patrząc wyłącznie przez pryzmat definicji Prawa budowlanego można by dojść do paradoksalnego wniosku, iż z wyjątkiem jednej każda z umów wykonanych przez Odwołującego obejmowała wiele robót – tylu, ilu obiektów budowlanych dotyczyła. Natomiast wymaganie zostało wprost sprecyzowane w odniesieniu do parametrów wartości i zakresu rzeczowego robót dotyczących wykonania nawierzchni z destruktu asfaltowego. W żaden sposób nie został natomiast wprowadzony wymóg, aby oznaczony zakres robót o wymaganej wartości został wykonany z tytułu jednej umowy, gdyż mowa jest tylko o wykonanej „robocie budowlanej”, przy czym nie zostało określone, czy oznacza to robotę budowlaną w rozumieniu Prawa budowlanego. Należy również zauważyć, iż wymaganie dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia służy wykazaniu przez wykonawcę, iż posiada on wystarczający potencjał, niezbędną wprawę i umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia pod względem skali, złożoności i wartości. Potwierdzone w ten sposób doświadczenie ma dać zamawiającemu rękojmię, iż dany wykonawca jest zdolny do należytego wykonania robót objętych udzielanym zamówieniem. Skoro zatem wszystkie prace wykonywane przez Odwołującego w 2006 r. polegały na wykonaniu nowej nawierzchni różnych dróg na terenie Gminy Zielonki, stanowiły zatem *de facto* jedno zamówienie udzielane przez Zamawiającego w częściach w ramach odrębnych postępowań. Należy zauważyć, że do zawarcia odrębnych umów mogłoby również dojść w sytuacji udzielenia zamówienia w jednym postępowaniu, w którym dopuszczono składanie ofert częściowych. Brak zatem przeszkód aby Odwołujący na poczet posiadanego doświadczenia zawodowego wykazywał jako całość roboty wykonane na

podstawie wszystkich 5 umów, które w 2006 r. należycie wykonał na rzecz Zamawiającego. Doświadczenie praktyczne jakie nabył Odwołujący przy realizacji tych odrębnych umów nie różni się niczym od tego, gdyby roboty przy przebudowie nawierzchni dróg na terenie Gminy Zielonka były wykonane na podstawie tylko jednej umowy. Wyłącznie od decyzji Zamawiającego zależało, czy przeprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w tym zakresie od razu w całości, czy też dokona podziału zamówienia na części. Biorąc pod uwagę przedmiot zarówno aktualnego zamówienia, jak i zamówień z 2006 r., należy stwierdzić, iż o podziale na części, objęte odrębnymi postępowaniami, nie decydowało kryterium, czy roboty dotyczą jednego obiektu liniowego, lecz aktualne potrzeby i możliwości finansowe Zamawiającego. Nie znajduje zatem żadnego uzasadnienia domaganie się przez Zamawiającego od Odwołującego, aby roboty o wymaganej wartości i zakresie rzeczowym zrealizowane były wyłącznie w wykonaniu jednej spośród umów, które zawarli w 2006 r. Stanowisko, iż wykonawca ma się legitymować robotami wykonanymi na podstawie zrealizowanej umowy nie może opierać się wyłącznie na tym, iż co do zasady zamawiający wystawiają odrębnie referencje potwierdzające należyte wykonanie robót po całkowitym wykonaniu każdej umowy.

Izba zważyła również, iż Zamawiający na swoje doraźne potrzeby zmienił swoją ocenę doświadczenia zdobytego u niego przez Odwołującego. Pierwotnie, w referencji wydanej 24 czerwca 2009 r., a zatem na długo po wykonaniu umów, sam uznawał za celowe łączne potraktowanie wszystkich wykonanych w 2006 r. prac dotyczących wykonania na terenie Gminy Zielonki nawierzchni dróg. Z niewiadomych powodów przy badaniu oferty Odwołującego doszło do zmiany stanowiska Zamawiającego, który przez dwukrotne skorzystanie z trybu art. 26 ust. 3 pzp usiłował wymóc na Odwołującym aby złożył inne dokumenty w miejsce załączonych do oferty. Niestusne jest także stanowisko Zamawiającego, iż w wyjaśnieniach z 4 sierpnia 2011 r. Odwołujący potwierdził niedopuszczalne sumowanie „różnych” robót. Sposób potwierdzenia przez Odwołującego posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia spełnienia odpowiada wymaganemu treścią postanowień s.i.w.z. Nie doszło bowiem do sztucznego „kompletowania” robót referencyjnych z elementów wybranych z poszczególnych umów zawartych różnymi zamawiającymi, realizowanych w różnym czasie i dotyczących robót w nie mających ze sobą żadnego związku. Z tego względu odwołanie podlega uwzględnieniu, pomimo problematycznej adekwatności argumentacji odwołania w części (w większości pominiętej w niniejszym uzasadnieniu) mechanicznie powtarzającej rozważania zawarte w zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinii pt. *Zamówienia publiczne na*

roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji. Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż wykluczenie Odwołującego z postępowania czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....