Sygn. akt: KIO 76/21

WYROK

z dnia 9 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ROKOM Sp. z o.o., ROKOM INFRASTRUKTURA Spółka z ograniczo odpowiedzialnością Sp. komandytowa z siedzibą lidera w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Jabłonna**;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
   2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.3. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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:……

Sygn. akt: KIO 76/21

UZASADNIENIE

Gmina Jabłonna - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w ul. Kwiatowej i ul. Żwirowej w miejscowości Janówek Drugi oraz zaprojektowanie i budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w ul. Żwirowej w miejscowości Janówek Drugi"; nr referencyjny: ZP.271.1.19.2020 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 września 2020 r. pod numerem 582762-N-2020.

W dniu 5 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **ROKOM Sp. z o.o., ROKOM INFRASTRUKTURA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. komandytowa z siedzibą lidera w Warszawie** (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na: wykluczeniu odwołującego z postępowania pomimo wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania jako obarczonej wadą; powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego, co w konsekwencji spowoduje wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący przywoływał warunek udziału w postępowaniu, opisany w Rozdziale V SIWZ w zakresie, w jakim zamawiający wymagał od wykonawców posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego. Zwrócił uwagę, że z treści warunku wynika, że od wykonawcy wymagano wykazania się robotami, które polegały na: (i) Budowie sieci wodociągowej i/ lub sieci kanalizacyjnej; (ii) o wymaganej długości sieci minimum 1000 m; (iii) do długości wymaganej sieci nie wliczano długości przyłączy. W odniesieniu do pierwszego z elementów warunku udziału nie ulega wątpliwości, że wykonawca miał możliwość wykazania się zarówno budową sieci wodociągowej, jak i równocześnie (koniunkcja) kanalizacyjnej, a jednocześnie zamawiający dopuszczał (alternatywa nierozłączna „lub") wykazanie się odrębnie wykonaniem sieci wodociągowej albo kanalizacyjnej. Brzmienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do budowy sieci kanalizacyjnej nie określa ponadto, o jaki rodzaj tej sieci chodzi. W konsekwencji spełnia warunek w ten sposób określony każdy rodzaj sieci kanalizacyjnej.
W szczególności spełniają zatem warunek udziału budowy sieci kanalizacyjnej sanitarnej, ogólnospławnej jak i deszczowej. Brak identyfikacji i tym samym ograniczenia w treści SIWZ w zakresie postawionego warunku udziału oznacza, że za spełniający warunek uznać należy każdy rodzaj sieci.

Dalej odwołujący zauważył, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego

z 3 listopada 2020 r. do złożenia dowodów potwierdzających spełnienie m.in. powyższego warunku udziału w postępowaniu złożył, przy piśmie z 9 listopada 2020 r. m.in. wykaz robót budowlanych wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów,
na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających
czy zostały one wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone zgodnie
z Załącznikiem nr 6 do SIWZ.

Odwołujący w złożonym wykazie wskazał trzy zamówienia referencyjne. Wraz
z wykazem odwołujący złożył dokumenty potwierdzające, że wykonane zamówienia zostały zrealizowane należycie.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający pismem z 26 listopada 2020 r. dokonał wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych pierwotnie oświadczeń oraz dokumentów dla spełnienia m.in. warunków udziału
w postępowaniu dotyczących wykonania robót referencyjnych. Pozycja nr 1 Wykazu
- Modernizacja Alei Głównej w Miejskim Ogrodzie Zoologicznym w Warszawie nie była kwestionowana przez zamawiającego, a zatem wystarczające dla spełniania warunku jest aby choćby jedna z pozostałych pozycji Wykazu warunek także spełniła. Odwołujący złożył
w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przy piśmie z 1 grudnia 2020 r. obszerne wyjaśnienia oraz załączył do nich dodatkowe dokumenty potwierdzające spełnienie warunków dotyczących doświadczenia.

Dalej odwołujący podnosił, że zamawiający pismem z 10 grudnia 2020 r. dokonał wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu. Uzasadnienie wezwania wskazuje, że: Z uwagi na zakres przedmiotu zamówienia - tj. budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej, zamawiający w sposób celowy i przemyślany ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy, w postaci co najmniej
2 zamówień - każde polegające na budowie sieci wodociągowej i/ lub kanalizacyjnej o długości nie mniejszej niż 1 000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy). Jak wynika z powyższego fragmentu, zamawiający tłumaczy przyczynę określenia warunków udziału w powołany sposób - przedmiotem zamówienia.

W tym miejscu odwołujący zauważył, że w pierwszej kolejności wskazać należy,
że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu na etapie po złożeniu ofert, jest dokonywana w sposób zgodny z brzmieniem warunku w jego literalnej postaci. Na etapie po upływie terminu składania ofert w postępowaniu proces oceny spełniania warunków sprowadza się do porównania/ zestawienia brzmienia warunku udziału w relacji do oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę. Za niedozwolone w szczególności uznać należy próby zawężającego interpretowania warunku w sposób, który w dodatku prowadzi
do eliminacji z postępowania wykonawcy który złożył ofertę najkorzystniejszą a więc
z bezpośrednim wpływem na wynik postępowania. Jak wskazuje orzecznictwo Izby w tym zakresie, na aktualnym etapie postępowania próby interpretacji rozszerzającej brzmienia warunku udziału w postępowaniu nie są dozwolone, a zamawiający, jak i wykonawcy, są związani treścią SIWZ i warunków w ich ostatecznym kształcie. W ocenie odwołującego treść warunku udziału w jego ostatecznym i obowiązującym w postępowaniu brzmieniu jest jednoznaczna i nie budząca żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo KIO, przykładowo: wyrok sygn. akt KIO 37/20 z 21 stycznia 2020 r.; wyrok z 23 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 42/20; wyrok z 23 września 2019 r., sygn. akt KIO 1713/19; wyrok z 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 901/17 oraz tezy zawarte w uchwale z 30 kwietnia 2019 r., sygn. KIO/KU 35/19.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że argumentacja, jaką przedstawił zamawiający
w treści wezwania, była sprzeczna. Z jednej strony podkreślał bowiem, że przedmiot zamówienia obejmuje budowę sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej, a z drugiej podkreślał ścisłe związanie opisu zamówienia z warunkiem udziału dotyczącym budowy sieci wodociągowej i/ lub kanalizacyjnej. Co jednak istotne dopiero w treści wezwania
do uzupełnienia wykazu robót zamawiający stwierdził, że: Określając warunek przy użyciu sformułowania „sieci wodociągowej i/ lub kanalizacyjnej", zamawiający przyjął definicję sieci zgodną z ustawą z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. 2001 Nr 72 poz. 747), która w art. 2 pkt 7 definiuje sieć, jako „przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo- kanalizacyjnego". Powyższe brzmienie warunku i sposób jego rozumienia nie wynika z dokumentacji postępowania. Zamawiający był świadom powyższego samodzielnie uznając już w treści wezwania do uzupełnienia, że: „Zamawiający*;* uznając że mogło dojść do niezgodnej z intencją zamawiającego interpretacji przez wykonawcę definicji „sieci kanalizacyjnej", postanowił zaliczyć doświadczenie dotyczące budowy kanalizacji deszczowej. Jednocześnie jednak zamawiający w stosunku do kanalizacji deszczowej z jednej strony uznał taką za spełniającą co do zasady warunek, ale z całkowicie niezrozumiałych przyczyn uznał, że uznaje takie zamówienie za referencyjne, ale wyłącznie
w ograniczonym zakresie rzeczowym - jedynie w zakresie tożsamym z określonym
w postępowaniu przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie kanałów o określonej średnicy
i przeznaczeniu. Powyższe ograniczenie nie wynika z dokumentacji postępowania i jest bezzasadne. Skoro zamawiający uznaje, że spełnia warunek budowa kanalizacji deszczowej, to winien uznać ją za spełniającą warunek bez względu na średnicę (przeznaczenie
w przypadku kanalizacji deszczowej jest takie samo). Ostatecznie zamawiający, uzasadniając wezwanie, stwierdził w odniesieniu do poszczególnych zamówień referencyjnych, że: nie może do łącznej długości wykonanej sieci kanalizacyjnej wliczyć długości przepustów, które nie są tożsame z będącą przedmiotem zamówienia siecią kanalizacji sanitarnej, ze względu na ich przeznaczenie lub średnicę. Ponadto, że nie może wliczyć długości wykonanego drenażu francuskiego - chociaż zamawiający zgadza się z wykonawcą, że drenaż francuski może być elementem kompletnego systemu sieci kanalizacji deszczowej, jednak nie jest on siecią, tak jak siecią nie są przyłącza wodociągowe i kanalizacyjne.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący w pierwszej kolejności złożył pismo z 11 grudnia 2020 r. z wnioskiem o ponowne przeanalizowanie zasadności wezwania do uzupełnienia wykazu. Ostatecznie, wraz z pismem z 17 grudnia 2020 r. - w wyznaczonym dla uzupełnienia terminie, złożył wykaz wykonanych robót. W treści pisma podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko odnośnie pierwotnie złożonego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Wykazu robót, podkreślając, że brak identyfikacji i tym samym ograniczenia w treści SIWZ
w zakresie postawionego warunku udziału, szczególnego rodzaju kanalizacji w ramach sieci kanalizacyjnej oznacza, że za spełniający warunek udziału uznać należy każdy jej rodzaj
- w tym w szczególności deszczowej. Dodatkowo w wykazie wymienił dodatkowe, poza powyższymi pozycjami,

zamówienia, które zrealizował.

Pomimo powyższych wyjaśnień i uzupełnień zamawiający dokonał czynności wykluczenia odwołującego z postępowania uznając, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w zakresie robót budowlanych. Zgodnie z uzasadnieniem zawartym w decyzji
o wykluczeniu, zamawiający powielił i podtrzymał dotychczasowe stanowisko prezentowane w wezwaniu do wyjaśnień oraz w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący nie zgadza się z argumentacją zamawiającego, że w przypadku zamówienia opisanego w pozycji 2 Wykazu - Przebudowa ul. Jakubowicza w miejscowości Lipków gmina Stare Babice do zakresu robótnie można wliczyć długości wykonanego drenażu francuskiego. Wskazany drenaż stanowi integralny element sieci kanalizacji deszczowej, nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, że wybudowany zgodnie z Dokumentacją projektową
w ramach zamówienia referencyjnego, w rejonie wykonanego utwardzenia nawierzchni skrzyżowania, służy ochronie istniejących w tym miejscu budynków przed zalewaniem wodami opadowymi. Poza powyższą argumentacją, w ocenie odwołującego, kluczowe dla uznania,
że powołana inwestycja spełnia wprost i bez jakichkolwiek wątpliwości warunek udziału
w postępowaniu, jest argumentacja oraz dowody przedstawione poniżej. W dniu 5 stycznia 2021 r. odwołujący pozyskał dodatkowy dokument, potwierdzający fakt wybudowania kanalizacji deszczowej o długości powyżej 1.000 m w ramach powołanego zamówienia. Zgodnie z Inwentaryzacją Powykonawczą rzeczywista długość wybudowanego kanału głównego kanalizacji deszczowej wynosi 1.027,6 m na co, jako dowód, odwołujący załączył: inwentaryzację powykonawczą kanalizacji deszczowej tej inwestycji, oświadczenie uprawnionego geodety który opracowywał inwentaryzację powykonawczą. Dokumenty
te potwierdzają w sposób jednoznaczny, że nawet przy pominięciu wliczania odcinka drenażu francuskiego do długości kanalizacji deszczowej, pozostałe odcinki tej kanalizacji mają faktycznie długość przekraczającą warunek udziału w aktualnym postępowaniu. W tej sytuacji skoro dokument urzędowy w postaci inwentaryzacji powykonawczej kanalizacji deszczowej zawiera dane potwierdzające długość ciągu głównego odcinka kanalizacji deszczowej, zrealizowanego przez odwołującego w ramach powołanej inwestycji, to warunek udziału został spełniony bez żadnych wątpliwości. Inwentaryzacja złożona wraz z odwołaniem zawiera poświadczenie urzędowe Starosty Warszawskiego Zachodniego, że została opracowana
w wyniku prac geodezyjnych i kartograficznych, których rezultaty zawiera operat techniczny wpisany do ewidencji materiałów państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Dokument zawiera także graficzne wskazanie wykonanej kanalizacji z oznaczeniem koloru
na mapie i potwierdzeniem czasu jej wykonania. Spójne z powyższym jest także dodatkowe potwierdzenie długości wykonanego odcinka kanalizacji deszczowej w postaci oświadczenia geodety, który opracowywał dokumentację powykonawczą i był autorem (co potwierdzają dane na złożonej wraz z odwołaniem inwentaryzacji) tego właśnie opracowania.

Z kolei w odniesieniu do pozycji 3 Wykazu - Rozbudowa i przebudowa ul. Armii Ludowej w m. Międzyborów, ul. Jaworowej w m. Henryszew, Grądy, na terenie Gminy Jaktorów odwołujący zauważył, że zamawiający poza przywołaniem dotychczasowej argumentacji stwierdził ostatecznie, *że* podstawą kwestionowania zamówienia wykonywanego na rzecz Gminy Jaktorów, jest brak możliwości uznania przepustów drogowych za sieć kanalizacyjną. Zamawiający jest przy tym zgodny, że w istocie rowy przydrożne i przepusty są elementami odwodnienia - nie mogą być one jednak wliczone do długości sieci kanalizacyjnej. Jednocześnie zamawiający wskazał, że: przepusty pod drogami lub zjazdami są jedynie obiektami inżynierskimi, których przeznaczeniem jest przeprowadzenie przez nasyp drogi ciągu otwartego systemu odprowadzenia wód deszczowych. W wykazywanym zamówieniu jednoznacznie można wydzielić sieć kanalizacji deszczowej, którą zamawiający zaliczył
do łącznej długości wykonanej sieci, od systemu odwodnienia wykonanego przy użyciu rowów przydrożnych i przepustów pod drogami i zjazdami a także: nie każdy element systemu kanalizacji, jest siecią kanalizacyjna - w szczególności nie są nią przyłącza, czy przepusty związane z infrastruktura drogową. W związku z powyższym, zamawiający uznał, że przepusty o średnicach 400 mm i 500 mm nie mogą być uznane za sieć kanalizacyjną, ponieważ każdy z tych przepustów jest samodzielnym obiektem inżynierskim, służącym przeprowadzeniu wód pod nasypem drogi lub podjazdu - nie są więc one ciągiem przewodów, stanowiących sieć kanalizacyjną. W ocenie odwołującego wskazane przepusty stanowią integralny element sieci kanalizacji deszczowej i ich długość winna być wliczona do długości wymaganej sieci kanalizacji deszczowej. Nie ulega żadnej wątpliwości, że przepusty pod zjazdami w ciągu rowów wykonane z rur PE o średnicy 400 i 500 mm nie są samodzielnym obiektem inżynierskim. Nie wskazuje na to ani dokumentacja projektowa tej inwestycji (nie przewidywała wykonania obiektów inżynierskich), ani też sposób wykonania przepustów w ciągu rowów pod zjazdami, który niczym nie różni się od wykonania typowego kanału deszczowego, polegającego na ułożeniu rury kanalizacyjnej i zasypaniu jej gruntem wraz z zagęszczeniem. Ponadto w dniu 5 stycznia 2021 r. odwołujący pozyskał dodatkowy dokument z Gminy Jaktorów (zamawiający zlecający inwestycję), który doprecyzowuje wydane uprzednio poświadczenie wykonania robót budowlanych i precyzyjnie wskazuje długość wykonanej sieci kanalizacji deszczowej, dowodząc spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dokument ten załączył do odwołania.

Zamawiający, w dniu 5 stycznia 2021 r. poinformował wykonawców, zgodnie
z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania
do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) złożył do kat sprawy odpowiedź
na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty odwołującego, korespondencją prowadzoną w toku postepowania pomiędzy zamawiającym a odwołującym w przedmiocie dotyczącym potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający wykluczył go z postępowania, tymczasem złożona przez niego oferta, zgodnie z zawiadomieniem o wykluczeniu z postępowania na dzień wykluczenia została uplasowana na pierwszej pozycji rankingu ofert. W sytuacji unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą, a jednocześnie ważną i mieszczącą się w budżecie zamawiającego. W konsekwencji uznać należy, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone odwołaniem czynności odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego, załączone do odwołania i przedłożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z SIWZ jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w ul. Kwiatowej i ul. Żwirowej w miejscowości Janówek Drugi oraz zaprojektowanie i budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w ul. Żwirowej w miejscowości Janówek Drugi. Zamówienie realizowane będzie w dwóch etapach. Etap I: Część 1 - Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w ul. Kwiatowej i Żwirowej w miejscowości Janówek Drugi wraz z przyłączami do granic przyległych nieruchomości z włączeniem w ul. Dworcową w m. Góra, gmina Wieliszew. Część II - Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w ul. Żwirowej w miejscowości Janówek Drugi wraz z przyłączami do granic przyległych nieruchomości. Etap II - Zaprojektowanie i wybudowanie sieci wodociągowej w ul. Żwirowej w miejscowości Janówek Drugi wraz z przyłączami do granic przyległych nieruchomości (na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego). Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został w Załączniku nr 9 do SIWZ oraz Programie Funkcjonalno-Użytkowym i dokumentacji projektowej, stanowiących Załącznik nr 10 do SIWZ.

Dalej ustalono, że w Rozdziale V SIWZ opisane zostały warunki, które spełnić musi wykonawca ubiegając się o przedmiotowe zamówienie, w tym dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie zawodowe i w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej dwa zamówienia, każde polegające na budowie sieci wodociągowej i/ lub kanalizacyjnej o długości nie mniejszej niż 1000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy).

Dalej Izba ustaliła, że zamawiający pismem z 3 listopada 2020 r. wezwał odwołującego do złożenia wykazu zrealizowanych zamówień, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, celem potwierdzenia, że spełnia on wyżej opisany warunek udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący pismem z 9 listopada 2020 r. udzielił odpowiedzi, składając wykaz robót budowlanych zgodnie z wzorem, stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ, podając ich rodzaj, wartość, daty, miejsca wykonania i podmioty, na rzecz których roboty te zostały wykonane. Jednocześnie załączył dowody na potwierdzenia, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Odwołujący w złożonym wykazie wskazał, że zrealizował poniższe zamówienia:
(1) Przedmiot/ nazwa zamówienia: Modernizacja Alei Głównej w Miejskim Ogrodzie Zoologicznym w Warszawie W ramach podziału prac ustalonego przez konsorcjum wykonującego realizację całość roboty budowlanej Rokom Sp. z o.o. był odpowiedzialny m.in. za wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej o długości powyżej 1000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy); data rozpoczęcia i zakończenia postępowania: 31 marca 2017 r. - 20 listopada 2018 r.; podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta ul. Senatorska 29/31 00-099 Warszawa;Wartość wykonanych robót brutto: całej inwestycji 8 942 340,27 zł., wartość prac Rokom Sp. z o.o. 1 998 501,15 zł.; (2) Przedmiot/ nazwa zamówienia: Przebudowa ul. Jakubowicza w miejscowości Lipków. W ramach podziału prac ustalonego przez konsorcjum wykonującego realizację całość roboty budowlanej Rokom Sp. z o.o. był odpowiedzialny m.in. za wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej o długości powyżej 1 000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy); data rozpoczęcia i zakończenia postępowania: 12 lipca 2018 r. - 19 czerwca 2019 r.; Podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: Gmina Stare Babice ul. Rynek 32 05-082 Stare Babice; wartość wykonanych robót brutto: całej inwestycji 6 260 746,28 zł., wartość prac Rokom Sp. z o.o. 5 661 671,65 zł.; (3) Przedmiot/ nazwa zamówienia: 1 etap - Rozbudowa i przebudowa ul. Armii Ludowej w m. Międzyborów, ul. Jaworowej w m. Henryszew, Grądy, na terenie Gminy Jaktorów. Zakres prac obejmował mi. in. wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej o długości powyżej 1000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy); data rozpoczęcia i zakończenia postępowania: 15 luty 2016 r. - 26 października 2016 r.; Podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: Gmina Jaktorów ul. Warszawska 33 96-313 Jaktorów; Wartość wykonanych robót brutto: całej inwestycji 3 869 999,33 zł. Do wykazu załączone zostały dokumenty potwierdzające, że wykonane wyżej zamówienia zostały wykonane należycie.

Ponadto ustalono, że zamawiający pismem z 26 listopada 2020 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń oraz dokumentów dla spełnienia przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykonania robót referencyjnych. W piśmie stwierdził, że po zapoznaniu się z ogólnodostępnymi informacjami, które uzyskał ze stron internetowych podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały zrealizowane, stwierdził rozbieżności w odniesieniu do informacji przekazanych w Wykazie. W zakresie pozycji 2 Wykazu

- Przebudowa ul. Jakubowicza w miejscowości Lipków gmina Stare Babice zamawiający zauważył, że z dokumentacji projektowej wynika, że obejmowało ono budowę kanalizacji deszczowej Dn315 o długości 994 m. Z kolei w zakresie zadania wymienionego w poz.
3 Wykazu – Rozbudowa i przebudowa ul. Armii Ludowej w m. Międzyborów, ul. Jaworowej
w m. Henryszew, Grądy, na terenie Gminy Jaktorów zamawiający, na podstawie złożonego przez wykonawcę poświadczenia ustalił, że łączna długość sieci kanalizacji sanitarnej, deszczowej i wodociągu, jest mniejsza niż 1000 m. Zamawiający swoje ustalenia oparł
na następujących założeniach: (i) dla ustalenia długości kanalizacji deszczowej, zamawiający uznał kanały o średnicach: 200 mm i 160 mm, bez uwzględnienia przepustów drogowych
- razem długość 323 m - bowiem, w ocenie zamawiającego, nie można uznać przepustów drogowych jako sieci kanalizacyjnej, ponieważ stanowią one jedynie urządzenia w ciągu przydrożnych rowów odwadniających, które nie są siecią kanalizacji deszczowej;
(ii) dla ustalenia długości kanalizacji sanitarnej, zamawiający uznał kanały o średnicach:
225 mm, 160 mm, 125 mm i 90 mm - razem długość 289 m; (iii) dla ustalenia długości wodociągu, zamawiający uznał przewody o średnicach: 160 mm, 110 mm, (bez uwzględnienia 50 mm i 40 mm, jako przyłączy) - razem długość 262,5 m. Uwzględniając powyższe założenia, łączna długość sieci, które odpowiadają postawionemu warunkowi udziału w postępowaniu według ustaleń zamawiającego wyniosła łącznie 874,5 m.

Odwołujący pismem z 1 grudnia 2020 r. złożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia, załączając do nich dodatkowe dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odnośnie pozycji 2, objętej wezwaniem odwołujący wskazał, że faktycznie zakres prac określony w dokumentacji projektowej przewidywał budowę kanalizacji deszczowej z rur Dn315 o długości 994 m. Jednocześnie poinformował zamawiającego, że w ramach tego zadania w zakresie kanalizacji deszczowej wykonano również 25 m drenu francuskiego, a drenaż stanowił element kanalizacji służący
do odprowadzenia wód opadowych i bezpośrednio dotyczył zabezpieczenia budynku
na przyległej działce przed napływem wód opadowych. W konsekwencji, o jego długość
tj. 25 m należy też zwiększyć łączną długość wykonanej kanalizacji na tym zadaniu, która wynosiła 1.019 m. Na dowód powyższego odwołujący załączył fragment poświadczenia poprzedniego zamawiającego, jak również plan zagospodarowania terenu ulicy Jakubowicza z zaznaczonym miejscem wykonania drenu francuskiego, który odbierał wodę opadową
z powierzchni utwardzonego skrzyżowania. W zakresie pozycji 3 Wykazu odwołujący wskazał natomiast, że w swoim oświadczeniu uwzględnił długość przepustów pod zjazdami w ciągu rowów z rur PE o średnicy 400 mm w ilości 233 mb oraz 500 mm w ilości 188 mb, które stanowią sieć kanalizacji deszczowej, służącą odwodnieniu dróg i ulic poza terenem zabudowanym i wyjaśnił, że nie były to przepusty drogowe pod korpusem drogi. Wykonawca wskazał jednocześnie, że kanalizacja deszczowa poza terenem zabudowanym jest wykonywana przede wszystkim poprzez sieć przydrożnych rowów, do których spływa i którymi jest odprowadzana woda opadowa z nawierzchni drogowej. Nie występują w takich przypadkach wpusty uliczne, kanał deszczowy i przykanaliki, tylko rowy i przepusty pod zjazdami wykonywane np. z rur kanalizacyjnych PE - służące do odprowadzenia tylko wody deszczowej, więc przepusty te stanowią sieć kanalizacji deszczowej. Stwierdził ponadto,
że przepust pod zjazdami jest również kanałem przeznaczonym do grawitacyjnego odprowadzania ścieków. Dodatkowo okoliczności te potwierdza dokumentacja kontraktowa oraz treść Specyfikacji Technicznych. W konsekwencji łączna długość wykonanych sieci kanalizacji oraz sieci wodociągowej w ramach tego zamówienia wynosiła: kanalizacja deszczowa wraz z przepustami pod zjazdami z rur PE 744 m, kanalizacja sanitarna 289 m, wodociąg 262,50 m - łącznie 1.295,50 m. Dodatkowo na potwierdzenie swojego stanowiska złożył opinię Rzeczoznawcy Kosztorysowego - Pana D. J.
.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający pismem z 10 grudnia 2020 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu. W uzasadnieniu powołał się na okoliczność, że mając na uwadze przedmiot zamówienia, którym jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej, zamawiający w sposób celowy
i przemyślany ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy, w postaci co najmniej 2 zamówień - każde polegające na budowie sieci wodociągowej i/ lub kanalizacyjnej o długości nie mniejszej niż 1 000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy). Dodatkowo stwierdził, że określając warunek przy użyciu sformułowania „sieci wodociągowej i/ lub kanalizacyjnej” przyjął definicję sieci zgodnie z ustawą z 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2001 r. Nr 72, poz. 747), która w art. 2 pkt 7 definiuje sieć, jako „przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz
z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane
są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego”. Jednocześnie zamawiający stwierdził, że uznając iż mogło dojść do niezgodnej z intencją zamawiającego interpretacji przez wykonawcę definicji „sieci kanalizacyjnej”, postanowił zaliczyć doświadczenie dotyczące kanalizacji deszczowej, jednakże w zakresie tożsamym
do z określonym w postępowaniu przedmiotem zamówienia. Wychodząc z tego założenia stwierdził, że nie może do łącznej długości sieci kanalizacyjnej wliczyć długości przepustów, które nie są będącą przedmiotem zamówienia siecią kanalizacji sanitarnej, ze względu na ich przeznaczenie lub średnicę. Analogicznie, nie może wliczyć długości wykonanego drenażu francuskiego - chociaż zamawiający zgadza się z wykonawcą, że drenaż francuski może być elementem kompletnego systemu sieci kanalizacji deszczowej, jednak nie jest on siecią, tak jak siecią nie są przyłącza wodociągowe i kanalizacyjne. W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że oczekuje uzupełnienia wykazu o co najmniej jedno zamówienie, odpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył pismo z 11 grudnia
2020 r. z wnioskiem o ponowne przeanalizowanie zasadności wezwania do uzupełnienia wykazu, polemizując ze stanowiskiem zamawiającego w zakresie dokonanej przez niego interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto, pismem z 17 grudnia 2020 r. złożył wykaz wykonanych robót, wpisując dodatkowo, poza pozycjami wymienionymi w pierwotnie złożonym Wykazie, zamówienie polegające na budowie kanalizacji ściekowej w ul. Przygodnej, Masłowieckiej Dn 0,3/04 L 551 m oraz w drogach dojazdowych od ul. Masłowieckiej Dn 0,2 L 742 m wraz z odcinkami sieci Dn 015/0,16 L247,5 m - Warszawa Wawer - Zadanie 1, Budowa przewodu wodociągowego
w drodze dojazdowej do ul. Masłowieckiej 4C,4D,4E,4F,6A,6B Dn 100 L 140 m - Warszawa Wawer - Zadanie 2. Zadanie powyższe rozstało zrealizowane na rzecz MPWiK - m.st. Warszawa w okresie od 5 lutego 2019 r. do 21 stycznia 2020 r.

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z 30 grudnia 2020 r. dokonał czynności wykluczenia odwołującego z postępowania uznając, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Zgodnie z uzasadnieniem zawartym
w decyzji o wykluczeniu, zamawiający powielił i podtrzymał dotychczasowe stanowisko prezentowane w wezwaniu do wyjaśnień oraz w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.
W odniesieniu do pozycji 2 Wykazu - Przebudowa ul. Jakubowicza w miejscowości Lipków gmina Stare Babicezajął stanowisko, że nie może zaliczyć jako długość wykonanej sieci kanalizacyjnej, długości wykonanego drenażu francuskiego, bowiem według niego drenaż francuski jest obiektem melioracyjnym służącym do odprowadzania wód opadowych przy pomocy rowu wypełnionego kruszywem i geowłókniną oraz przykryty warstwą przepuszczalnego gruntu. Nie może być szczelny, ponieważ nie spełniłby wtedy swojej funkcji odwadniającej. Wody, które są nim odprowadzane mają bezpośredni kontakt z gruntem,
co może prowadzić do zanieczyszczenia środowiska naturalnego. Natomiast rurociągi kanalizacji zbiorczej muszą być szczelne, aby ścieki nie infiltrowały z nich do gruntu i nie zanieczyszczały środowiska naturalnego. Odnosząc się do pozycji 3 Wykazu - Rozbudowa
i przebudowa ul. Armii Ludowej w m. Międzyborów, ul. Jaworowej w m. Henryszew, Grądy,
na terenie Gminy Jaktorów zamawiający, poza przywołaniem wcześniejszej argumentacji stwierdził, *że* podstawą kwestionowania zamówienia wykonywanego na rzecz Gminy Jaktorów, jest brak możliwości uznania przepustów drogowych za sieć kanalizacyjną. Zamawiający stwierdził, że zgadza się, iż w istocie rowy przydrożne i przepusty są elementami odwodnienia - nie mogą być one jednak wliczane do długości sieci kanalizacyjnej. Ponadto wskazał, że: przepusty pod drogami lub zjazdami są jedynie obiektami inżynierskimi, których przeznaczeniem jest przeprowadzenie przez nasyp drogi ciągu otwartego systemu odprowadzenia wód deszczowych. Tym samym w wykazywanym przez odwołującego zamówieniu jednoznacznie można wydzielić sieć kanalizacji deszczowej, którą zamawiający zaliczył do łącznej długości wykonanej sieci, od systemu odwodnienia wykonanego przy użyciu rowów przydrożnych i przepustów pod drogami i zjazdami. Ponieważ, zdaniem zamawiającego, nie każdy element systemu kanalizacji jest siecią kanalizacyjna
- w szczególności nie są nią przyłącza, czy przepusty związane z infrastruktura drogową uznał, że przepusty o średnicach 400 mm i 500 mm nie mogą być uznane za sieć kanalizacyjną, ponieważ każdy z tych przepustów jest samodzielnym obiektem inżynierskim, służącym przeprowadzeniu wód pod nasypem drogi lub podjazdu - nie są więc one ciągiem przewodów, stanowiących sieć kanalizacyjną.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, oceniając zasadność sformułowanego przez odwołującego zarzutu, należy odnieść się do treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie wykonania robót budowlanych, sformułowanego przez zamawiającego w treści SIWZ. Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się realizacją co najmniej dwóch zamówień, które polegały (każde z nich) na budowie sieci wodociągowej i/ lub kanalizacyjnej o długości nie mniejszej niż 1 000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy). Oznacza to, że treść warunku w brzmieniu nadanym przez zamawiającego należało odczytywać w ten sposób, że po pierwsze wykonawca mógł wykazać się zarówno budową sieci wodociągowej, jak też kanalizacyjnej, dodatkowo zamawiający dopuścił (alternatywa nierozłączna „lub") wykazaniem się odrębnie wykonaniem sieci wodociągowej albo kanalizacyjnej. Przy czym, co wymaga podkreślenia, zamawiający nie sprecyzował o jaki rodzaj sieci mu chodziło, tym samym potwierdzeniem spełnienia warunku będzie wykazanie się zarówno doświadczeniem w budowie sieci kanalizacyjnej sanitarnej, ogólnospławnej,
jak i deszczowej. Sam zamawiający w treści wezwania, które skierował do odwołującego
w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 10 grudnia 2020 r. przyznał, że uznaje doświadczenie dotyczące kanalizacji deszczowej. Ponadto z treści warunku wynika, że długość wykonanej sieci miała być nie krótsza niż 1000 m, a zamawiający przesądził w SIWZ, że biorąc pod uwagę ową długość nie uwzględni jedynie długości przyłączy. Oznacza to, że wszystkie pozostałe elementy sieci, które zostały przez wykonawcę zrealizowane, winny zostać zaliczone do jej łącznej długości. W szczególności, w okolicznościach niniejszej sprawy podkreślić należy,
że zamawiający w treści warunku nie odwołał się do opisu przedmiotu zamówienia, nie zawarł ograniczeń dotyczących kanałów o określonym przeznaczeniu czy średnicy, czy też nie wyłączył innych elementów tej sieci.

Tym samym, w ocenie Izby, treść warunku, mając na uwadze literalne jego brzmienie, nie pozwalała na dokonanie interpretacji, jakiej dokonał zamawiający w toku prowadzonego postępowania. Przypomnieć w tym miejscu należy, że zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek kierować się wyłącznie brzmieniem SIWZ. Tym samym próby czynione przez zamawiającego, który w treści wezwań doprecyzowywał jaka była jego intencja przy formułowaniu warunku w zakresie doświadczenia, wprowadzał definicje, których w treści SIWZ nie zawarł, należy uznać
za działanie nieuprawnione, albowiem spóźnione. Ten bowiem etap postępowania, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert, a który polega na dokonywaniu oceny spełniania warunków, sprowadza się wyłącznie do porównania treści warunku udziału w postępowaniu
w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę. Nie można zatem, jak to uczynił zamawiający dokonywać prób interpretowania treści warunku i czynić to dodatkowo w taki sposób, który nie wynika z literalnego jego brzmienia, a w rezultacie prowadzi dodatkowo do eliminacji z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający oceniając złożony przez odwołującego Wykaz zamówień oraz dokumenty, składane na potwierdzenie należytego wykonania robót, dokonując własnej interpretacji brzmienia warunku udziału w postępowaniu, nie sprostał jednocześnie obowiązkowi dokonania takiej oceny, która opierałaby się wyłącznie na faktycznym brzmieniu warunku w zakresie posiadanego doświadczenia. Wynika to zarówno z treści pisma kierowanego do odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak też wystosowanego w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby analiza treści złożonego przez odwołującego Wykazu zamówień, wraz
z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie prowadzi do wniosku, że odwołujący potwierdził, że spełnił warunek dotyczący doświadczenia, w brzmieniu nadanym mu przez zamawiającego w SIWZ.

Odnosząc się do poszczególnych zamówień, wymienionych w treści złożonego Wykazu, które były przez zamawiającego kwestionowane, zauważyć należy:

1.w zakresie zamówienia polegającego na przebudowie ul. Jakubowicza w miejscowości Lipków; podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: Gmina Stare Babice
ul. Rynek 32 05-082 Stare Babice

Odwołujący w treści wykazu złożył oświadczenie, że zakres prac w tym zadaniu obejmował mi. in. wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej o długości powyżej 1000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy). Jednocześnie złożył wraz z wykazem dokument, który potwierdzał należyte wykonanie przedmiotowych robót budowlanych.

Zamawiający zakwestionował te roboty z tego powodu, że zweryfikował przekazane przez odwołującego w Wykazie informacje i na podstawie jak stwierdził ogólnodostępnych danych, które uzyskał ze strony internetowej podmiotu, na rzecz którego realizowane było przedmiotowe zamówienie stwierdził, że z dokumentacji projektowej wynika, że zadanie obejmowało budowę kanalizacji deszczowej Dz315 o łącznej długości 994 m. Pomimo złożonych przez odwołującego wyjaśnień, w których wskazywał, że wykonał w ramach zamówienia 25 mb drenażu francuskiego, który stanowi element kanalizacji deszczowej
- zamawiający w decyzji o wykluczeniu go z postępowania stwierdził, że nie może być on uznany za sieć kanalizacyjną. Zamawiający argumentował, że drenaż francuski jest obiektem melioracyjnym, służącym do odprowadzania wód opadowych przy pomocy rowu wypełnionego kruszywem i geowłókniną oraz przykryty warstwą przepuszczalnego gruntu. Nie może być szczelny, ponieważ nie spełniłby wtedy swojej funkcji odwadniającej. Wody, które są nim odprowadzane mają bezpośredni kontakt z gruntem, co może prowadzić do zanieczyszczenia środowiska naturalnego. Natomiast rurociągi kanalizacji zbiorczej muszą być szczelne,
aby ścieki nie infiltrowały z nich do gruntu i nie zanieczyszczały środowiska naturalnego.

Izba uznała, że stanowisko zamawiającego jest nieuprawnione z następujących powodów. Zauważyć należy, że z treści referencji wystawionej przez Wójta Gminy Stare Babice z 22 sierpnia 2019 r. (pkt 1 - Roboty kanalizacyjne, ppkt 4 - wykonanie drenu francuskiego) wynika, że w ramach zadania polegającego na wykonaniu kanalizacji deszczowej wykonany został odcinek drenu francuskiego. Wykonanie tego elementu wynikało także z dokumentacji technicznej, na której zaznaczono miejsce jego wykonania. Jego celem było odebranie wody opadowej w rejonie skrzyżowania z ulicą Mościckiego i ochronę przed zalewaniem okolicznych zabudowań.

Ponadto, nie sposób podzielić oceny zamawiającego, że ten fragment nie może być uznany za element sieci tylko z tego powodu, że jak pokazuje to inwentaryzacja powykonawcza sieć kanalizacji deszczowej nie jest połączona z wykonanym drenem francuskim, a w konsekwencji dren nie stanowi jej elementu. Nie sposób zgodzić się bowiem z przyjętym przez zamawiającego rozumieniem, że wszystkie elementy sieci muszą być połączone, aby uznać, że dany element jest częścią tej sieci.

Ponadto zamawiający sam przyznał, że uznaje jako referencyjne zamówienia polegające na wykonaniu kanalizacji deszczowej, sam warunek z kolei nie precyzuje czy kanalizacja ta ma być rurociągiem szczelnym czy otwartym. Z kolei jak wynika z treści art. 35 ust. 3 pkt 7 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2020 r., poz. 310) usługi wodne obejmują: odprowadzanie do wód lub do urządzeń wodnych - wód opadowych lub roztopowych, ujętych w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacji deszczowej służące
do odprowadzania opadów atmosferycznych albo w systemy kanalizacji zbiorczej w granicach administracyjnych miast. Skoro tak, to drenaż francuski jako służący do odprowadzania wód opadowych (deszczowych) winien być zaliczony do jako element sieci i wliczony do długości referencyjnej robót.

Nawet jednak, gdyby uznać, że kwestia ta może być rozumiana w różny sposób,
to wszelkie wątpliwości w zakresie tego, jaka była rzeczywista długość ciągu głównego kanalizacji deszczowej w tym zadaniu, wykonana przez odwołującego, wynika z załączonej
do odwołania informacji z 5 stycznia 2021 r., podpisanej przez mgr inż. A. K.
- uprawnionego geodetę. Z treści tego dokumentu wynika, że długość tego ciągu, zainwentaryzowanego w ramach pracy geodezyjnej wynosi 1 027,6 mb, a zatem jest większa niż wymagana przez zmawiającego (warunek referencyjny - co najmniej 1 000 mb). Nawet zatem pomijając długość odcinka drenażu francuskiego, pozostały odcinek wykonanej kanalizacji ma faktycznie długość większą, niż wymagana w treści warunku udziału
w postępowaniu.

Izba nie zgadza się przy tym z zamawiającym, że dokumentu tego nie można wziąć pod uwagę tylko z tego powodu, że został przedłożony w postępowaniu odwoławczym
i załączony do odwołania, a zamawiający ma obowiązek oceniać wyłącznie dokumenty składane w toku postepowania. Przypomnieć należy, że odwołujący już w treści pierwotnie złożonego wykazu złożył oświadczenie, że długość wykonanej kanalizacji deszczowej wynosiła powyżej 1000 mb, na potwierdzenie czego przedłożył wystawioną przez Inwestora referencję. To w odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, przedkładał kolejne wyjaśnienia
i dowody, które miały potwierdzić, że referencyjne zadanie zostało wykonane w takim zakresie, jaki wynika z treści warunku, oraz w sposób w jaki interpretował go zamawiający. Nie ulega wątpliwości, że odwołujący już na dzień upływu terminu składania ofert wykazał, że zrealizował zadanie obejmujące budowę kanalizacji deszczowej o wymaganej, łącznej długości przekraczającej 1 000 mb, a w konsekwencji warunek udziału w postępowaniu - został spełniony.

2.w zakresie zamówienia polegającego na rozbudowie i przebudowie ul. Armii Ludowej
w m. Międzyborów, ul. Jaworowej w m. Henryszew, Grądy, na terenie Gminy Jaktorów
- zrealizowanego na rzecz Inwestora, którym była Gmina Jaktorów ul. Warszawska 33, 96-313 Jaktorów

Odwołujący w treści wykazu złożył oświadczenie, że zakres prac w tym zadaniu obejmował mi. in. wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej o długości powyżej 1000 m (bez uwzględnienia długości przyłączy). Jednocześnie złożył wraz z wykazem dokument, który potwierdzał należyte wykonanie przedmiotowych robót budowlanych.

W odniesieniu do tego zadania zamawiający, informując o wykluczeniu odwołującego z postępowania podniósł, że nie każdy element systemu kanalizacji jest siecią kanalizacyjną
- w szczególności nie są nią przyłącza, czy przepusty drogowe, związane z infrastrukturą drogową. W konsekwencji uznał, że przepusty o średnicach 400 mm i 500 mm nie mogą być uznane za sieć kanalizacyjną, ponieważ każdy z nich jest samodzielnym obiektem inżynierskim, służącym przeprowadzeniu wód pod nasypem drogi lub podjazdu - nie są więc one ciągiem przewodów, stanowiących sieć kanalizacyjną.

Również w odniesieniu do tego zamówienia Izba uznała, że winno być ono uznane jako zadanie, które potwierdzało warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu, które nadał zamawiający w SIWZ.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zamawiający dopiero w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołał się
do definicji sieci, przy czym powołał się, jak słusznie zauważył odwołujący nie mającą w tym przypadku zastosowania definicję sieci, zgodnie z ustawą z dnia 7 czerwca 2001 r.

o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków.

Ponadto sam zamawiający z jednej strony przyznał w treści wezwania, że ponieważ mogło dojść do odmiennej interpretacji definicji „sieci kanalizacyjnej" zalicza doświadczenie dotyczące wykonania kanalizacji deszczowej. Z drugiej strony jednak stwierdził, że zaliczy doświadczenie w zakresie kanalizacji deszczowej, ale wyłącznie w zakresie tożsamym
do określonego w postępowaniu przedmiotu zamówienia tj. wyłącznie w zakresie kanałów
o określonej średnicy i przeznaczeniu. Takie rozumienie treści warunku nie może zostać zaaprobowane z tego powodu, że nie zostało to opisane i nie znajduje odzwierciedlenia
w dokumentacji tego postępowania. Zamawiający nie był uprawiony, aby na etapie oceny złożonych ofert (w piśmie wzywającym odwołującego do złożenia wyjaśnień) doprecyzowywać jakie elementy sieci kanalizacyjnej zostaną przez niego uznane, a jakie nie zostaną zaliczone i powoływać się na niewprowadzone do SIWZ definicje czy też odnosząc się do zakresu zamówienia, które zostanie zrealizowane.

To, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, formułowany jest w oparciu o zakres zamówienia, które ma zostać wykonane w ramach umowy, nie przesądza jeszcze, że ogólny w swojej treści warunek można interpretować poprzez pryzmat tego opisu i wprowadzać na etapie postępowania do niego nowe treści, które nie znajdują odzwierciedlenia w pierwotnym jego brzmieniu.

Izba podzieliła zatem ocenę odwołującego, że w deklarowanej długości wykonanej kanalizacji należało również uwzględnić przepusty z rur PE o średnicach 400 mm (233 mb) oraz 500 mm (188 mb), które to stanowią integralną część kanalizacji deszczowej, służącej odwodnieniu dróg i ulic. Jak zaprezentował odwołujący na zdjęciach, które złożył jako dowód w sprawie, w przypadku niniejszego zamówienia mamy do czynienia z przepustami, które wykonane zostały w ciągu rowów pod zjazdami, które nie różnią się od wykonania typowego kanału deszczowego, i w tym przypadku nie są samodzielnym obiektem inżynierskim. Nie są to przepusty drogowe pod korpusem drogi (dla zobrazowania różnicy odwołujący przedłożył również jako dowód zdjęcie, które pokazywało przykład takiego przepustu, który spełnia parametry jak dla obiektu inżynierskiego), ale sieć rowów przydrożnych, które odprowadzają wodę opadową z nawierzchni drogowej. Ponadto, z uwagi na ich parametry (średnica 400 mm i 500 mm) nie spełniają warunków określonych w §43 ust. 1 Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 r. Nr 63, poz. 735) - dowód odwołującego. Zgodnie z tym przepisem, przewody przepustów,
w zależności od klasy drogi, winny mieć szerokość w świetle nie mniejszą niż 600 mm.

Odnosząc się z kolei do argumentacji zamawiającego, który w odpowiedzi
na odwołanie rozszerza swoją argumentację odnośnie tego z jakich powodów uznał,
że zadanie to nie spełnia wymagań opisanych przez niego w treści SIWZ i przywołuje definicjebudowli czy rowów, wynikające z ustawy Prawo budowlane - zauważyć należy, że po pierwsze argumentacja taka nie została przywołana w treści zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania, a ponadto podobnie jak też inne pojęcia, których znaczenie tłumaczył zamawiający w toku postepowania - nie zostały one wprowadzone do dokumentacji przetargowej. Tym samym nie można odwoływać się do nich dopiero na etapie oceny złożonych ofert, czy też toczącego się postępowania odwoławczego.

Izba zgadza się zatem z tym, że w niniejszym przypadku mamy do czynienia z siecią kanalizacji drogowej otwartej (zgodnie z definicją wynikającą z ustawy Prawo wodne), składającą się z przydrożnych rowów i przepustów pod zjazdami w ciągu rowów, z której
to sieci są odprowadzane ścieki (interpretacja taka wynika również z opinii rzeczoznawcy kosztorysowego, którą odwołujący przedłożył w toku postępowania).

Dodatkowo stanowisko to potwierdza okoliczność, że zgodnie z poświadczeniem wydanym przez Gminę Jaktorów przepusty zostały wymienione jako element robót odwodnieniowych. Z kolei w dokumentacji kontraktowej dla tego zadania, w Specyfikacji Technicznej pkt 1.5.1. kanalizacja deszczowa została zdefiniowana jako element infrastruktury zagospodarowania terenu przeznaczony do odprowadzania dróg opadowych. Przepusty z rur PE pod zjazdami stanowią element tej infrastruktury, służący do odprowadzania wód opadowych, a tym samym nie ulega wątpliwości, że mamy do czynienia z integralnym elementem sieci kanalizacji deszczowej.

Ponadto odwołujący pozyskał dodatkowy dokument od Inwestora - Gminy Jaktorów, który doprecyzował uprzednio złożone poświadczenie wykonania robót budowalnych
i jednoznacznie określił jaka była długość wykonanej sieci kanalizacji deszczowej, wliczając
w jej zakres przepusty z rur PE o średnicach 400 mm i 500 mm, jak też rowy otwarte (załączone do odwołania). Zamawiający przywołał fragmenty specyfikacji technicznej, w której określone zostały elementy sieci kanalizacji deszczowej tej inwestycji (przywołane powyżej). Dokument ten rozwiewa wszelkie wątpliwości i stanowi potwierdzenie, że oświadczenie złożone przez odwołującego w treści Wykazu było zgodne z rzeczywistym zakresem prac, które zostały przez niego zrealizowany w ramach tego zamówienia referencyjnego.

Odnośnie tego czy dokument ten powinien zostać uwzględniony przez zamawiającego - aktualny pozostaje wywód poczyniony przez Izbę odnośnie dokumentu dodatkowego, potwierdzającego zakres wykonanych robót dla zadania opisanego jako drugie Wykazu zamówień. Informacje zawarte w poświadczeniu wydanym 5 stycznia 2021 r. nie są nowymi, ale potwierdzają jedynie te okoliczności, które zostały wcześniej stwierdzone w złożonej
w postępowaniu referencji, jak też przekazane w toku postępowania, w ramach składanych przez odwołującego wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe Izba, działając zgodnie z art. 552 ustawyz dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego uznała, że odwołujący potwierdził, że na dzień upływu terminu składania ofert spełnił warunek udziału w postepowaniu dotyczący doświadczenia, a tym samym zamawiający nie miał podstaw do uznania, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie
art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia
30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania
(Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……