

Sygn. akt: KIO 1733/23

WYROK
z dnia 4 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASTA-BUD Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Pile oraz ASTA Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Chodzież przy udziale wykonawcy S. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy S. L. w Stróżewie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Chodzież unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy S. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy S. L. w Stróżewie na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ w zakresie dotyczącym wartości wykonanych robót budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu robót;
2. kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw - wykonawcę S. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy S. L. w Stróżewie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy S. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy S. L. w Stróżewie rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASTA-BUD Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Pile oraz ASTA Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 1733/23

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Chodzież (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Budowa drogi – Podanin Os. Barwne, gm. Chodzież” (nr ref. IZP.271.4.2023.AM). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00178133/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 19 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ASTA-BUD Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Pile oraz ASTA Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy S. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy S. L. w Stróżewie (dalej jako „Przystępujący”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z Rozdz. VI ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia, a w konsekwencji wybór oferty Przystępującego, który nie dowiódł spełnienia wymagań określonych w SWZ w zakresie niezbędnego doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okresie prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie roboty

budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 500 000 zł brutto – w jednym lub w kilku zadaniach, a w skutek tego brak dokonania wyboru oferty Odwołującego, który spełnił powyższe wymagania, a którego oferta została oceniona najwyżej;

2.art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ustawy Pzp w zw. z Rozdz. VI ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ poprzez przyjęcie wykładni użytych w SWZ pojęć „roboty budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem” w sposób całkowicie oderwany od przedmiotu zamówienia, a także literalnej oraz celowościowej wykładni ww. pojęć, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty Przystępującego, który nie spełnił warunków doświadczenia stawianych przez SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem stawianych w odwołaniu zarzutów, w tym odnoszących się do braku spełnienia warunków stawianych w SWZ oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania.

Uzasadniając przedstawione zarzuty Odwołujący wskazał, iż Przystępującynie wykazał spełnienia warunków określonych przez SWZ w zakresie niezbędnego doświadczenia do realizacji zamówienia, które uprawniają do udziału w postępowaniu, co natomiast stanowiła podstawę konieczności odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na treść warunku udziału w postępowaniu określonego w w Rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ oraz podkreślił, iż przedmiotem zamówienia jest budowa drogi gminnej na Osiedlu Barwnym w Podaninie gm. Chodzież o łącznej długości 936,0, trasa przebiega w terenie zabudowanym, pomiędzy budynkami mieszkalnymi, wolnostojącymi, jednorodzinnymi oraz pomiędzy halami, budynkami usługowymi oraz wolnymi działkami budowlanymi. Postanowienia SWZ nie mogą być analizowane w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Wykonawca powinien przedstawić doświadczenie (polegające na wykonaniu co najmniej dwóch robót budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 500.000,00 zł) odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Zamawiający w Rozdziale IV SWZ opisując przedmiot zamówienia precyzyjnie określił także stronę techniczną „drogę buduje się jako jednojezdniową, dwupasmową i dwukierunkową. Klasa techniczna D (dojazdowa), kategoria ruchu KR I . Droga składa się z dwóch odcinków, nazwanych roboczo A-A' i B-B'. Długość odcinka A-A' wynosi 583,0m, a odcinka B-B' 353,0m. Łączna długość odcinków wynosi 936,0m. ” Analiza wykazu robót przedstawionych przez Przystępującego na wykazanie warunku doświadczenia wskazuje, iż nie wykonał on żadnych robót, tożsamy z przedmiotem zamówienia. Referencje wskazują na wykonanie prac znacznie odmiennych aniżeli te, których dot. przedmiotowe postępowanie tj. budowa bazy transportowej z zapleczem warsztatowym i socjalnym w Rostworowie, przebudowa otwartego wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budziniu, wykonanie robót budowlanych w zakresie rewitalizacji obszarów śródmieścia miasta Chodzieży w związku z realizacją projektu pn. „Chodzież Od Nowa - rewitalizacja fizyczna, gospodarcza, społeczna i kulturalna śródmieścia” - teren A - Aleja Gwiazd Jazzu Przebudowa ul. Strzeleckiej w formule zaprojektuj wybuduj. Żadna z ww. inwestycji nie dotyczyła budowy inwestycji drogowej w rozumieniu przedmiotu zamówienia. Istota wykonywanych przez wykonawcę robót oraz fakt, iż były one wykonywane w ramach inwestycji, gdzie prace drogowe stanowiły wyłącznie nieznaczny wycinek o charakterze towarzyszącym a nie wiodącym, nie pozwala na pozytywną ocenę spełnienia przez Oferenta kryteriów doświadczenia SWZ. Nie sposób podzielić w tym zakresie stanowiska wykonawcy oraz zaakceptowania takiego stanu rzeczy przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale I pkt 13 uzasadniając brak możliwości podziału zamówienia na części wskazuje, iż „podział na części groziłby nadmiernymi trudnościami technicznymi oraz kosztami wykonania zamówienia. Wymagane jest, aby zamówienie wykonywał jeden wykonawca ze względu na ściśle ze sobą powiązane technologicznie roboty budowlane, które tworzą łącznie jeden element końcowy.” Powyższe w sposób jednoznaczny potwierdza, iż doświadczenie w rozumieniu SWZ winno bezpośrednio wiązać się z przedmiotem zamówienia, bowiem tylko wykonawca daje rękojmię prawidłowej profesjonalnej realizacji zamówienia. Odnosząc się do opisanych wymagań SWZ wskazuje na regulację SWZ dotyczącą doświadczenia - „roboty budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem”. Bezsprzecznie wymogiem jest łączne wykonanie powyższych robót w ramach jednej inwestycji. Odwodnienie i oświetlenie w świetle tego zapisu musi stanowić integralną część całej inwestycji, co odpowiada nie tylko literalnemu brzmieniu powyższego przepisu, lecz również jego funkcji celowościowej. Tylko więc tego rodzaju, kompleksowa inwestycja może uprawniać potencjalnego wykonawcę do udziału w postępowaniu. Nie sposób przyjąć stanowiska wybranego Oferenta zgodnie z którym SWZ wymaga robót w zakresie oświetlenia, a nie oświetlenia drogowego jak w wezwaniu Zamawiającego z dnia 5.06.2023 r. Interpretacja SWZ musi być skorelowana z przedmiotem zamówienia. Wykonawca powinien wykazać, iż w ramach wykonywanych wcześniej

inwestycji, budował drogę z oświetleniem i odwodnieniem drogowym, nie natomiast inne, dowolne, którego specyfikacja potencjalnie może znacznie odbiegać od przedmiotu niniejszego zamówienia. Nie bez powodu SWZ mówi o budowie/przebudowie drogi o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem. W nauce języka polskiego podnosi się, że przyimek wraz oznacza „razem”. Konieczne jest zatem wykonania razem budowy drogi wraz z oświetleniem, tak jak ma to miejsce w przedmiocie zamówienia. Odwołujący powołał się na orzecznictwo, podkreślając, że na gruncie sprawy interpretacja istoty pojęć wskazanych w SWZ dokonana została w całkowitym pominięciu dyrektyw prawidłowej wykładni, związanych z koniecznością przyjęcia adekwatności SWZ do przedmiotu zamówienia. Przystępujący nie przedstawił żadnej inwestycji tożsamej z przedmiotem zamówienia, bazując na robotach towarzyszących.

Dalej wskazano, iż nie sposób przyjąć, aby Przystępujący wykazał, aby wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert należycie co najmniej dwie roboty budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto - w jednym lub kilku zadaniach. Nawet bowiem pomijając tę okoliczność, iż prace wykonywane przez wybranego Oferenta, nie stanowiły stricte budowy dróg wraz z oświetleniem i odwodnieniem, to dokumenty przedłożone przez Wykonawcę nie mogą wskazać na spełnienie przez niego warunków SWZ. Powyższy zapis mówi w sposób wyraźny o budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem. Nie sposób na podstawie dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę ustalić, aby przedstawione przez niego prace spełniały powyższy warunek co do jezdni z kostki betonowej lub kamiennej. Nadto, w związku z tym, iż są to prace wykonywane w ramach większych inwestycji, w ramach których wyłącznie „przy okazji” wykonuje się prace „drogowe” (przy czym zdaniem Odwołującego - co było wskazane wcześniej, nie są to prace stricte polegające na budowie dróg, a więc nie spełniają warunków SWZ), nie sposób ustalić jaka ich część odnosi się właśnie do dróg o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej, a co za tym idzie czy spełniony jest warunek, iż prace te odpowiadały wartości o której mowa powyżej. Nie sposób przyjąć w jaki sposób Wykonawca ustalił poszczególne wartości dla przedstawionych jako dowód własnego doświadczenia prac - są to dane wyłącznie wiadome Wykonawcy z uwagi na fakt, że jak było wskazane wcześniej, inwestycje, na które się powoływał, nie stanowiły inwestycji polegających na budowie drogi. Po drugie natomiast, nie sposób ustalić jaką część tych inwestycji stanowiła budowa dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej. Analizując bowiem warunki spełnienia doświadczenia, które stawia SWZ nie wystarczy wyłączenie ustalenie wartości wykonanych dróg i czy w ogóle prace tego typu można uznać za roboty drogowe, lecz konieczna jest także analiza tego, czy drogi te wyposażone są w jezdnie, a następnie ustalenie nawierzchni jezdni (tak aby była w zgodzie z SWZ), ustalenie czy pracom tym towarzyszyło wykonanie odwodnienia i oświetlenia drogowego i dopiero po ustaleniu powyższych warunków, niezbędne jest ustalenie wartości wykonanych prac.

Odwołujący wskazał, iż aktualne brzmienie pojęcia drogi ma w założeniu korelować z przepisami techniczno-budowlanymi zawartymi w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 24.06.2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz.U. poz. 1 518) i uwzględniać założenia wynikające z nowego podziału składowych elementów drogi, zawartego w tym rozporządzeniu. Zgodnie z nim na drogę jako całość techniczno-budowlaną, składają się m.in. części drogi np. jezdnie. Jezdnia więc stanowi jeden z elementów drogi, a w kontekście niniejszego postępowania istotna jest ocena czy drogi na które powołuje się we wskazywanym doświadczeniu Oferent posiadają jezdnie, a następnie, czy jezdnie te zostały pokryte nawierzchnią z kostki betonowej lub kamiennej oraz czy zostały wykonane z odwodnieniem i oświetleniem. Z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę powyższa okoliczność powinna wynikać jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości, co czyniłoby postępowanie transparentnym w stosunku do pozostałych Wykonawców. Tymczasem Dokumenty przedłożone przez wybranego Wykonawcę nie dają możliwości ich zweryfikowania, pod kątem łącznego spełnienia stawianych przez Zamawiającego warunków.

Odnosząc się do przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów Odwołujący w zakresie inwestycji Budowa bazy transportowej z zapleczem warsztatowym i socjalnym w Rostworowie wskazał, iż Przystępujący przedłożył dokument wykaz robót, podając wartość robót związanych z zakresem dróg, odwodnienia i oświetlenia w wysokości 2.129.891,17 zł brutto. Na dowód Wykonawca załączył referencje, z których jednoznacznie nie wynika co stanowiło nawierzchnię jezdni dróg. W jednym akapicie referencji pojawia się zapis „budowa nowoprojektowanych dróg i chodników dojazdowych i dojściowych do obiektów”, natomiast w kolejnym akapicie jest napisane, iż powierzchnie utwardzone stanowiły: place manewrowe, dojazdy, chodniki, parkingi. Z przedstawionych referencji nie wynika również jaką wartość stanowiły ewentualne drogi o nawierzchni jezdni z betonowej kostki brukowej/kamiennej oraz wykonane oświetlenie i odwodnienie. W ramach powtórnej procedury Wykonawca przedstawił natomiast nowy wykaz robót, w którym oświadczył, iż wykonał roboty: drogi wewnętrzne i manewrowe za wartość 1 353.183,39 zł brutto, odwodnienie za wartość 604.507,78 zł brutto,

oświetlenie za wartość 172.200,00 zł brutto. Wykonawca w odniesieniu do omawianej inwestycji przedłożył dodatkowo harmonogram rzeczowo-finansowy. Z harmonogramu niemożliwe jest jednoznaczne określenie: jaką wartość finansową stanowiły jezdnie (drogi), gdyż w harmonogramie nie ma podziału na poszczególne nawierzchnie (podana jest tylko ilość zbiorcza wszystkich nawierzchni - przy czym w kontekście SWZ kluczowe są dwie nawierzchnie wskazane wprost przez Zamawiającego), jaką wartość finansową stanowiło oświetlenie owych dróg, jaką wartość finansową stanowiło odwodnienie owych dróg. Pozycja w harmonogramie dotycząca nawierzchni odnosi się do nawierzchni całego placu podobnie pozycje dot. kanalizacji deszczowej oraz instalacji elektrycznych. W przedstawionych dokumentach nie ma też podziału, ile jest m² jezdni manewrowych, chodników czy parkingów. Jest tylko podana ilość zbiorcza, na podstawie której nie sposób ustalić okoliczności relewantnych w sprawie. Oferent nie przedstawia żadnych wyliczeń finansowych i nie przedstawia żadnych dowodów, na podstawie których można określić powyżej podane w wykazie robót wartości finansowe.

Odnosząc się do kolejnej inwestycji, na którą powołuje się Wykonawca tj. Przebudowa otwartego wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budzynie to wskazać trzeba, iż w ramach pierwotnej procedury Wykonawca przedłożył wykaz robót oraz referencje. Wykonawca oświadczył, iż wykonał roboty w zakresie dróg, oświetlenia i odwodnienia na wartość: 922.500,00 zł (nie precyzując czy była to kwota brutto czy netto). W ramach powtórnej procedury Wykonawca załączył dodatkowo nowy wykaz robót, kosztorys różnicowy, przekrój D-D, inwentaryzację geodezyjną oraz schemat elektryczny. Nowym wykazie robót Wykonawca oświadczył, iż wykonał: budowę nowoprojektowanych dróg dojazdowych i manewrowych za wartość 627.229,05 zł brutto, wykonanie odwodnienia nowoprojektowanych dróg za wartość 246.000,00 zł brutto, budowę oświetlenia nowoprojektowanych dróg wewnętrznych i manewrowych za wartość 1 72.200,00 zł brutto. W ocenie Odwołującego brakuje dowodu na sposób wyliczenia podanej w nowym wykazie robót kwoty 627.229,05 zł. stanowiącej wartość budowy nowoprojektowanych dróg dojazdowych i manewrowych. W przedstawionym kosztorysie różnicowym napisano, iż wartość nawierzchni z betonowej kostki brukowej wynosi 234.774,13 zł. Nie wiadomo jednak ile metrów stanowią drogi manewrowe, a ile to miejsca postojowe itp. Ponadto, przedstawiony przez oferenta wycinek przekroju D-D ukrywa, iż częścią placów były również miejsca postojowe. Deklarowana wartość wykonanego odwodnienia nowoprojektowanych dróg wynosi według wykonawcy 246.000,00 zł brutto. Kosztorys różnicowy w rozdziale kanalizacja sanitarna zawiera pozycje: profil kanalizacji deszczowej odcinek od Sd8-Sdl -SS1 za wartość 175.232,68 zł; profil kanalizacji deszczowej odcinek od Sd8-Sd 1 4-SS2 za wartość 1 64.071 ,68 zł, profil kanalizacji deszczowej odcinek drenaż-Sdl 5-Sdl 6-OS-zbiornik retencyjny za wartość m 7.865,59 zł; profil kanalizacji pompy deszczowej, odcinki Sd8-Sd20; Sd18-WPI; Sd22-WP2; kanalizacja awaryjna za wartość 1 72.830,05 zł. Z przedstawionych dokumentów nie wiadomo jednak, które odcinki kanalizacji deszczowej odwadniają drogi manewrowe, a które parkingi, bieżnie, chodniki i inne elementy zagospodarowania stadionu. Truizmem jest stwierdzenie, iż tytułem przykładu odwodnienie bieżni na stadionie nie ma żadnego związku z przedmiotem niniejszego postępowania. Na podstawie przedstawionego kosztorysu oraz inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej (na inwentaryzacji nie są oznaczone symbolami elementy odwodnienia) i PZT (na PZT nie są opisane elementy odwodnienia) nie można jednoznacznie określić oraz udowodnić podanej przez oferenta kwoty. Sposób wyznaczenia kwoty ponownie jest więc całkowicie nieweryfikowalny. Podobne uwagi odnieść można również do elektryki przy omawianej inwestycji. Nie wiadomo skąd oferent przyjął wartość oświetlenia nowoprojektowanych dróg dojazdowych i manewrowych. W kosztorysie różnicowym podane są różne pozycje dotyczące oświetlenia zewnętrznego, ale brakuje dowodu na sposób wyliczenia podanej wartości.

Odnosząc się natomiast do inwestycji „Wykonanie robót budowlanych w zakresie rewitalizacji obszarów śródmieścia miasta Chodzieży w związku z realizacją projektu pn. „Chodzież Od Nowa - rewitalizacja fizyczna, gospodarcza, społeczna i kulturalna śródmieścia” - teren A - Aleja Gwiazd Jazzu Przebudowa ul. Strzeleckiej w formule zaprojektuj wybuduj” to zdaniem Odwołującego nie sposób przyjąć, aby inwestycja ta mogła stanowić podstawę oceny doświadczenia wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego. Z przedstawionej dokumentacji wynika, iż Wykonawca wykonywał zadanie w ramach konsorcjum z firmą Wielądek. Partner konsorcjum zgodnie z umową konsorcjum wykonywał roboty branży sanitarnej. Oferent wykonywał tylko roboty drogowe i oświetlenie. Tymczasem SWZ w sposób jednoznaczny formułuje postanowienie dot. doświadczenia wskazując, iż konieczne jest udokumentowanie co najmniej dwóch robót budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem. Innymi słowy, konieczne jest łączne wykonanie łącznie robót budowy / przebudowy wraz z odwodnieniem i oświetleniem. Oferent więc w tym zakresie niewątpliwie nie spełnił stawianych kryteriów. Powyższe uwagi odnoszą się również do inwestycji, na którą Wykonawca powoływał się w toku pierwotnej, unieważnionej procedury tj. Wykonanie robót budowlanych w zakresie rewitalizacji obszarów śródmieścia miasta Chodzieży w związku z realizacją projektu pn. „Chodzież Od Nowa - rewitalizacja fizyczna, gospodarcza, społeczna i kulturalna śródmieścia” - teren D - Modernizacja infrastruktury drogowej i rekreacyjnej na fyrtlu Żeromskiego”. Również i

w tym wypadku Wykonawca występuje w ramach konsorcjum, a co za tym idzie nie wykonuje całości koniecznych prac. Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający unieważniając po raz pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty tego samego Wykonawcy, jak się wydaje uznał, iż nie spełnił wymagań dot. doświadczenia. Zobowiązany przez organ wykonawca wątpliwości, które stanowiły podstawę takiego działania w ocenie Odwołującego nie wyjaśnił. Cały czas aktualne pozostają stawiany zarzuty dotyczące braku doświadczenia, wobec przedstawienia robót, które w istocie nie są zbieżne z przedmiotem zamówienia.

Podsumowując powyższe Odwołujący wskazał, iż nie sposób dokonać weryfikacji wartości poszczególnych wycinkowych prac przy uwzględnieniu warunków stawianych przez Zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca nie dowiódł tego, aby spełniał warunki dotyczące doświadczenia stawiane przez Zamawiającego. Wykonawca nie przedstawił żadnych wykonanych robót, których przedmiot byłby tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania, a prace na które się powołuje mogą być w tym kontekście oceniane wyłącznie wycinkowo (przy czym weryfikacja ich zakresu z uwagi na specyficzne określenie w SWZ - „roboty budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem” jest niemożliwa na podstawie przedłożonych dokumentów). Niemożliwa jest dokładna ocena jaką część wykonanych przez Wykonawcę prac stanowią drogi. Dodatkowo niemożliwe jest ustalenie na podstawie załączonych dokumentów, które z tych dróg posiadają jezdnie wykonane z kostki betonowej lub kamiennej, a w końcu - w związku z powyższym - niemożliwe jest zweryfikowanie wymaganych przez Zamawiającego wartości wykonanych robót. Niezależnie od powyższego, niemożliwe jest również zweryfikowanie czy jezdnie, o których mowa powyżej, wyposażone są w system odwodnienia i oświetlenia. Okoliczności sprawy oraz stanowisko wybranego Oferenta wskazują tymczasem, iż elementy odwodnienia oraz oświetlenia, na które powołuje się Wykonawca w części nie były w żaden funkcjonalny sposób powiązane z prowadzeniem inwestycji budowy/przebudowy drogi.

Zamawiający w piśmie z dnia 27 czerwca 2023 r. oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Zamawiający zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego, iż zaniechano odniesienia zamawianych robót budowlanych do charakteru przedsięwzięcia inwestycyjnego i pojęcia robót budowlanych zdefiniowanego w art. 7 pkt. 14 ustawy Pzp, gdzie poprzez obiekt budowlany rozumie się wynik całości robót budowlanych (...), który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, a także do definicji drogi będącej obiektem liniowym w myśl art. 3 pkt. 3a i pkt. 1 lit. b) ustawy Prawo budowlane. Zamawiający wskazał na treść rozdziału VI pkt. 1 ppkt. 2 lit. a) SWZ, podnosząc, iż Odwołujący słusznie twierdzi, że przy tak zdefiniowanym warunku udziału w postępowaniu i charakterze oraz zakresie przedmiotu zamówienia, jedynym potwierdzeniem spełniania warunku było wykazanie budowy lub przebudowy dwóch dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem (jako pełnego zadania inwestycyjnego) i o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.500.000 zł brutto. Zamawiający zgodził się także z Odwołującym, że ocena spełniania warunku nie powinna być dokonywana za częściowe elementy budowanej drogi tj. oddzielnie nawierzchnie, oświetlenie i odwodnienie, a należało warunek rozpatrywać pod względem celowościowym tzn., że wykonawca powinien wykazać wykonanie budowy lub przebudowy kompletnych dróg każda o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem. Określenie „w jednym lub kilku zadaniach” należało rozumieć, jako wykonanie w jednej lub kilku umowach, gdzie w każdej wykonywane były roboty budowy lub przebudowy drogi, ale o wartości łącznej nie mniejszej niż 1.500.000 zł brutto. Zamawiający faktycznie błędnie dokonywał oceny spełniania przez wybranego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia ponieważ żadna z przedstawionych wykonanych robót nie mieściła się w definicji obiektu budowlanego drogowego. Błędem Zamawiającego było przyjęcie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jako wykonania częściowych elementów drogi tj. nawierzchni jezdni, oświetlenia drogowego czy odwodnienia, przy okazji wykonywania różnych inwestycji nie będących budową drogi, nie zaś udokumentowania przez wybranego wykonawcę wykonania budowy lub przebudowy kilku dróg, spośród których każda droga była o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej oraz każda z nich z odwodnieniem i oświetleniem, a ich łączna wartość była nie mniejsza niż 1.500.000 zł brutto.

Zamawiający wskazał, iż wybrany wykonawca w żadnej z przedstawionych robót nie udokumentował, że wybudował lub przebudował kompletny obiekt budowlany drogowy, który samodzielnie funkcjonuje pod względem organizacyjnym i technicznym. Zamawianym przedmiotem zamówienia jest obiekt budowlany będący drogą gminną na Osiedlu Barwnym w Podaninie o łącznej długości 936,0 m, która przebiega w terenie zabudowanym, pomiędzy budynkami mieszkalnymi, wolnostojącymi, jednorodzinnymi oraz pomiędzy halami, budynkami usługowymi oraz wolnymi działkami budowlanymi. Droga będzie budowana na podstawie projektu budowlanego i wydanej decyzji pozwolenia na budowę, co dodatkowo potwierdza argumentację Odwołującego, że wykonawca powinien udokumentować wykonanie budowy lub przebudowy dróg - każda o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem, których wartość łączna nie mogła być mniejsza niż 1.500.000 zł brutto. Szczegółowa analiza dokumentów

wykonawcy udostępnionych przez Zamawiającego dokonana przez Odwołującego dowodzi, iż dokonano wyboru wykonawcy z naruszeniem art. 16 pkt. 1-3 w zw. z rozdziałem VI pkt. 1 ppkt. 2 lit. a) SWZ. Uznając zarzuty Odwołującego Zamawiający dokona powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów stawianych w odwołaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystępujący w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wskazał na treść spornego warunku udziału w postępowaniu podnosząc, że intencją Zamawiającego co prawidłowo odczytał Przystępujący było określenie zakresu robót rodzajowo i wartościowo, poprzez wskazanie zakresu robót i ich wartości, przy czym Zamawiający użył alternatywy w jednym lub kilku zadaniach. Po drugie wbrew stanowisku Odwołującego, pojęcie drogi nie należy interpretować w kontekście definicji dróg publicznych na podstawie ustawy o drogach publicznych, jako że pojęcie droga jest kategorią obiektu budowlanego na podstawie ustawy Prawo Budowlane. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane do budowl zalicza się każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury. W powołanym przepisie wymieniono obiekty liniowe (m.in. drogi) jako jeden z rodzajów budowli. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że drogami w rozumieniu wskazanego powyżej przepisu, są nie tylko drogi publiczne uregulowane w ustawie o drogach publicznych, lecz wszystkie drogi służące do ruchu pojazdów i pieszych. Wykładnia funkcjonalna nakazuje jednakże rozumieć drogę jako budowlę tylko wówczas, gdy stanowi ona wytyczoną trasę posiadającą urządzenia czy też instalacje, które zapewniałyby całość techniczno-użytkową obiektu. Przystępujący powołał się na wyrok NSA z 15 lutego 2005 r., OSK 1400/04. Tym samym użycie przez Zamawiającego w SWZ w zakresie doświadczenia pojęcia drogi, a nie pojęcia drogi publicznej, należy odwołać się do definicji ogólnej zgodnie z przepisami ustawy prawo budowlane i wykładnią pojęcia drogi wywiedzioną przez NSA. Jeśli Zamawiającemu chodziłoby o doświadczenie w budowie dróg publicznych takie zastrzeżenie zawarłby w SWZ. W końcu Zamawiający użył w SWZ zwrotu „o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto – w jednym lub kilku zadaniach” Oznacza to, że kwotę 1.500.000,00 złotych dla wykazania doświadczenia można wykazać łącząc zadania, co Przystępujący uczynił i szczegółowo wyjaśnił w piśmie z dnia 7 czerwca 2023 r. Tymczasem Odwołujący kreuje własną i nieuzasadnioną interpretację zawężającą postanowień SWZ, co na etapie składania ofert – wobec braku zapytań oferentów – było dla wszystkich zrozumiałe i jednoznaczne. Przystępujący do odwołania złożył ofertę, która została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, co oznacza, że zrozumiał zapisy SWZ tak jak je określił Zamawiający. Przystępujący powołał się także na orzecznictwo KIO wskazujące, że ocenaspelnienia warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie specyfikacji.

Przystępujący w piśmie wniesionym 30 czerwca 2023 r. oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec czynności uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego w całości.

Przystępujący podniósł, iż wbrew stanowisku wyrażonym w odwołaniu wskazać należy, iż warunek opisany wyżej jest oznaczony jednoznacznie i nie wymaga innej interpretacji niż interpretacja słowna. Doświadczenie objawia się w spełnieniu dwóch przesłanek: 1) wykonaniu co najmniej dwóch robót polegających na budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem, 2) łączna wartość robót nie mniejsza niż 1.500.000,00 zł brutto w jednym lub kilku zadaniach. Przystępujący warunek ten spełnił wskazując wykonanie trzech zadań. Nieuprawniona jest (sprzeczna z wykładnią językową) interpretacja Odwołującego i stanowisko Zamawiającego, jakoby warunek doświadczenia zawarty w rozdziałem VI pkt. 2a SWZ należy interpretować, w ten sposób: 1) że każde z dwóch robót wymienionych w tym warunku musi być o wartości większej niż 1.500.000 złotych albowiem warunek rozdziału VI pkt. 2a SIWZ podaje kwotę łącznie w jednym lub kilku zadaniach; 2) że roboty wymienione w warunku muszą dotyczyć kompletnego i odrębnego obiektu budowlanego drogowego, który funkcjonuje samodzielnie pod względem organizacyjnym i technicznym, albowiem takiego zastrzeżenia nie ma w warunku na podstawie rozdziału VI pkt. 2a SWZ; 3) że roboty drogowe mają dotyczyć wykonania drogi publicznej w rozumieniu ustawy o drogach publicznych albowiem takiego zastrzeżenia nie ma w warunku na podstawie rozdziału VI pkt. 2a SWZ.

W zakresie interpretacji warunków zamówienia publicznego, zdaniem Przystępującego stanowisko Izby co do sposobu przygotowywania zapisów dokumentów SWZ jest dość jednolite. Mianowicie Izba podkreśla konieczność jasnego formułowania zapisów specyfikacji, w tym zapisów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż treść ta może podlegać wyłącznie wykładni literalnej i jest niezmienna - począwszy od momentu upływu terminu składania ofert w postępowaniu. Po tej dacie (terminie składania ofert) zamawiający nie może dokonywać interpretacji zapisów, które odbiegają od ich literalnego brzmienia. W sytuacji, w których jednak zapisy SWZ budzą wątpliwości ugruntowało się w judykaturze stanowisko, zgodnie z którym należy dokonywać interpretacji na korzyść wykonawców. Zdaniem Przystępującego w spornym zamówieniu warunek doświadczenia z rozdziału VI pkt. 2a SIWZ jest jednoznaczny. Bez znaczenia jest jednak fakt, iż dopiero na etapie badania i oceny ofert, na podstawie zestawienia treści SWZ z treścią dokumentów jakie przedkłada wykonawca okazuje się, że zamawiający opisał wymagania w taki sposób, że nie pozostają one w zgodzie z intencją, jaka mu przyświecała. Niemniej jednak - skoro intencja nie została

ona wyartykułowana wprost w treści SWZ - nie ma możliwości odrzucenia tej oferty bądź wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie w jakim odnoszą się one do warunku udziału. Zamawiający nie może bowiem kierować do wykonawców żądań, które nie znajdują oparcia w treści sporządzonej SWZ. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący powołał się na orzecznictwo. Przystępujący podkreślił, że zgodnie z naczelną zasadą *clara non sunt interpretanda* zapis spornej treści warunku z rozdziału VI pkt. 2a SWZ nie wymaga interpretacji, albowiem warunki dla wykazania doświadczenia są wyrażone jasno i precyzyjnie. Dokonywanie interpretacji rozszerzającej, a także wykładni zapisów przez pryzmat niewyartykułowanych intencji Zamawiającego na etapie oceny ofert niedopuszczalne. W tym stanie nie można zgodzić się z zarzutami Odwołującego i wskazanymi przez niego rzekomymi naruszeniami przepisów w postępowaniu przez Zamawiającego. Nie można też zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 27 czerwca 2023, który po dwukrotnym wyborze oferty Przystępującego zmienia o 180 stopni własną interpretację niezgodnie z zapisami SWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę S. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy S. L. w Stróżewie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu i który dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła poniższy stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest budowa drogi gminnej na Osiedlu Barwnym w Podaninie o łącznej długości 936,0 m. Przedmiot zamówienia obejmował także odwodnienie i oświetlenie budowanej drogi (Rozdział IV SWZ).

Zamawiający w Rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia tzn. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwie roboty budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto – w jednym lub kilku zadaniach. Zamawiający wskazał, iż ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu zostanie dokonana na podstawie złożonego oświadczenia wg załącznika Nr 2 oraz wykazu wykonanych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót. Zamawiający wskazał ponadto, iż jeżeli wykonawca zamierza potwierdzić spełnianie warunku dokumentami wystawionymi dla konsorcjum, w którym był partnerem, z treści referencji lub innych dokumentów musi wynikać, jakie roboty i o jakiej wartości były wykonane przez wykonawcę składającego ofertę.

W postępowaniu wpłynęło pięć ofert, w tym Odwołującego i Przystępującego. Oferta Przystępującego miała najniższą cenę. Zamawiający pismem z dnia 15 maja 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu robót budowlanych wraz z dowodami określających, czy zostały wykonane należycie. Przystępujący w odpowiedzi złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazano: poz. 1 – „Budowa bazy transportowej z zapleczem warsztatowym i socjalnym w Rostworowie. W tym wykonanie nowoprojektowanych dróg wraz z odwodnieniem i oświetleniem zewnętrznym” wykonana na rzecz Zakładu Usług Komunikacyjnych ROKBUS. W kolumnie wartość wskazano: 860 725,23 zł brutto W tym roboty zakres dróg, odwodnienia i oświetlenia zew. 2 129 891,17 zł brutto”; poz. 2 – „Przebudowa otwartego wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budzynie – Etap I. W tym wykonanie dróg dojazdowych, odwodnienia i oświetlenia” wykonana na rzecz Gminy Budzyń. W kolumnie wartość wskazano: 4 801 289,90 zł brutto. W tym roboty zakres dróg, odwodnienia i oświetlenia zew. 922 500,00”; poz. 3 – „Wykonanie robót budowlanych w zakresie rewitalizacji obszarów śródmieścia miasta Chodzieży w związku z realizacją projektu pn. „Chodzież Od Nowa - rewitalizacja fizyczna, gospodarcza, społeczna i kulturalna śródmieścia” -teren A - Aleja Gwiazd Jazzu Przebudowa ul. Strzeleckiej w formule zaprojektuj

wybuduj Prace wykonane w ramach konsorcjum – prace wykonane przez ZPHU S L. Wykonanie robót branży drogowej, elektrycznej” zrealizowane na rzecz Gminy Miejskiej Chodzież o wartości „3 434 950,45 zł brutto, w tym roboty zakres dróg, oświetlenia zew. 1 819 047,89”; poz. 4- „Wykonanie robót budowlanych w zakresie rewitalizacji obszarów śródmieścia miasta Chodzież w związku z realizacją projektu pn. „Chodzież od Nowa- rewitalizacja fizyczna, gospodarcza, społeczna i kulturalna śródmieścia”- teren D – Modernizacja infrastruktura drogowej i rekreacyjnej na fyrtlu Żeromskiego. Prace wykonane w ramach konsorcjum – prace wykonane przez ZPHU S L. Wykonanie robót branży drogowej, elektrycznej” zrealizowane na rzecz Gminy Miejskiej Chodzież o wartości „3 125 516,25 w tym roboty zakres dróg, oświetlenia zew. 2 270 813,00.” Do wykazu załączono referencje wystawione przez Zakład Usług Komunikacyjnych ROKBUS oraz Gminę Budzyń, a także protokół odbioru końcowego i umowę konsorcjum odnoszące się do robót realizowanych na rzecz Gminy Miejskiej Chodzież.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 22 maja 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazując: „Wykonawca w wykazie wykonanych robót (załącznik Nr 7) wykazał wykonanie czterech zadań, spośród których uznać można : - w ramach robót dla ZUK ROKBUS Sp. z o.o. - wykonanie jezdni z kostki betonowej, oświetlenia drogowego i odwodnienia, - w ramach robót dla Gminy Budzyń - wykonanie oświetlenia terenu (z treści referencji nie wynika, że wykonano jezdnie z kostki betonowej i odwodnienie drogi), - w ramach robót dla Miasta Chodzież zadanie Aleja Gwiazd Jazzu – wykonanie drogi dojazdowej z kostki betonowej, - w ramach robót wykonanych dla Miasta Chodzież zadanie (...) na fyrtlu Żeromskiego żadna z wykazanych w protokole końcowego odbioru nie kwalifikuje się do uznania. Z analizy wykazu wykonanych robót i przedstawionych referencji i protokołów odbioru, wynika, że wykonawca nie potwierdza wykonanie: 1 x odwodnienie drogi, 1 x oświetlenie drogi. Proszę o uzupełnienie brakujących robót, które powinny potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu.”

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 24 maja 2023 r. wskazał: „1 . Inwestycja – Przebudowa otwartego, wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budzynie – Etap I – Zamawiający uznał wykonanie oświetlenia terenu, dodatkowo uzupełnia się informacje. W wykazie wykonanych robót – załącznik nr 7 wskazano, również jako element inwestycji potwierdzony referencjami budowę dróg dojazdowych z kostki betonowej – (zaznaczono kolorem żółtym) – załącznik nr 1, dodatkowo na potwierdzenie powyższego, w załączniku nr 2 dołączony zostaje przekrój D-D. Zakres Inwestycji obejmował, jednocześnie odwodnienie dróg dojazdowych – Inwestor wskazał ów zakres, w referencjach pod hasłem – wykonanie niezbędnych do funkcjonowania obiektu sieci sanitarnych. Na potwierdzenie wykonania odwodnienia, przekazuje Inwentaryzację geodezyjną powykonawczą – załącznik nr 3 oraz mapę PZT – projekt zagospodarowania – załącznik nr 4. Na załączonych mapach zaznaczono odwodnienie wraz ze studniami oraz odprowadzenie do separatora, co potwierdza wykonanie wskazanego zakresu.

2. Inwestycja – „Wykonanie robót budowlanych w zakresie rewitalizacji obszarów śródmieścia miasta Chodzież w związku z realizacją projektu pn. „Chodzież Od Nowa - rewitalizacja fizyczna, gospodarcza, społeczna i kulturalna śródmieścia” -teren A - Aleja Gwiazd Jazzu Przebudowa ul. Strzeleckiej w formule zaprojektuj wybuduj – W ramach wskazanej inwestycji wykonano drogę dojazdową oraz jej oświetlenie. Na potwierdzenie złożonego oświadczenia przekazuję zestawienie ilościowe wykonanych prac – załącznik nr 5, PZT – projekt zagospodarowania terenu – zasilanie elektryczne – załącznik nr 6, oraz opis do projektu wykonawczego instalacji elektrycznych – załącznik nr 7, z którego wynika wykonanie oświetlenia drogi.”

Zamawiający w dniu 29 maja 2023 r. wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu. Czynność ta została unieważniona w dniu 2 czerwca 2023 r. z uwagi na otrzymane od Odwołującego zawiadomienie o wadliwym dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych. W wezwaniu wskazano: „Zamawiający postanawia ponownie dokonać oceny potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i wzywa wykonawcę do przedłożenia dokumentów, które będą potwierdzały, że wykonawca wykonał: - dwie roboty budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej z podaniem nazwy i adresu zamawiającego, miejsca wykonania robót i wartości wykonanych poszczególnych robót, - dwie roboty budowlane odwodnienia dróg z podaniem nazwy i adresu zamawiającego, miejsca wykonania robót i wartości wykonanych poszczególnych robót, - dwie roboty budowy oświetlenia drogowego z podaniem nazwy i adresu zamawiającego, miejsca wykonania robót i wartości wykonanych poszczególnych robót.”

W odpowiedzi Przystępujący w piśmie z dnia 7 czerwca wskazał na treść warunku udziału w postępowaniu, podnosząc, że SWZ wymaga robót w zakresie oświetlenia, a nie oświetlenia drogowego jak w wezwaniu z dnia 5.06.2023 roku. Po drugie Przystępujący wskazał, iż „mbrew stanowisku ASTA-BUD z dnia 01.06.2023 r. pojęcie drogi nie należy interpretować w kontekście definicji dróg publicznych na podstawie ustawy o drogach publicznych, jako że pojęcie

droga jest kategorią obiektu budowlanego na podstawie ustawy Prawo Budowlane. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane – dalej pr. bud., do budowli zalicza się każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury. W powołanym przepisie wymieniono obiekty liniowe (m.in. drogi) jako jeden z rodzajów budowli. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że drogami w rozumieniu wskazanego powyżej przepisu, są nie tylko drogi publiczne uregulowane w ustawie o drogach publicznych - dalej u.d.p., lecz wszystkie drogi służące do ruchu pojazdów i pieszych. Wykładnia funkcjonalna nakazuje jednakże rozumieć drogę jako budowlę tylko wówczas, gdy stanowi ona wytyczoną trasę posiadającą urządzenia czy też instalacje, które zapewniłyby całość techniczno - użytkową obiektu. W wyroku NSA z 15 lutego 2005 r., OSK 1400/04, NSA w Warszawie sformułował tezę, zgodnie z którą "przez wymienione w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, pojęcie drogi należy rozumieć nie tylko drogi publiczne, ale wszystkie inne, stanowiące wytyczoną trasę wyposażoną w urządzenia techniczne, dostosowaną do ruchu środków transportu, ewentualnie poruszania się ludzi i zwierząt". Tym samym użycie przez Zamawiającego w SWZ w zakresie doświadczenia pojęcia drogi, a nie pojęcia drogi publicznej, należy odwołać się do definicji ogólnej zgodnie z przepisami ustawy prawo budowlane i wykładnią pojęcia drogi wywiedzioną przez NSA. Jeśli Zamawiającemu chodziłoby o doświadczenie w budowie dróg publicznych takie zastrzeżenie zawarłby w SWZ. W końcu po trzecie Zamawiający użył w SWZ zwrotu o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto – w jednym lub kilku zadaniach" Oznacza to, że kwotę 1.500.000,00 złotych dla wykazania doświadczenia można wykazać łącząc zadania."

Następnie przedstawiono tabelę, w której wskazano:

–Budowa lub przebudowa dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej:

Poz. 1 Zakład Usług Komunikacyjnych ROKBUS Sp. z o.o./ Budowa nowoprojektowanych dróg wewnętrznych manewrowych w ramach Inwestycji pn. Budowa bazy transportowej z zapleczem warsztatowym i socjalnym w Rostworowie/ wartość 1 353 183,39 zł brutto/ Projekt konstrukcji dróg - załącznik Nr 1;

Poz. 2 Gmina Budzyń/ Budowa nowoprojektowanych dróg dojazdowych i manewrowych w ramach Inwestycji pn. Przebudowa otwartego wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budzynie Etap I / wartość 627 229,05 zł brutto/ Projekt konstrukcji dróg - załącznik nr 2;

Poz. 3 Gmina Miejska Chodzież/ Przebudowa drogi – ciągu pieszo jezdni w ramach Inwestycji pn. „Wykonanie robót budowlanych w zakresie rewitalizacji obszarów śródmieścia miasta Chodzieży w związku z realizacją projektu pn. „Chodzież Od Nowa - rewitalizacja fizyczna, gospodarcza, społeczna i kulturalna śródmieścia" - teren A - Aleja Gwiazd Jazzu Przebudowa ul. Strzeleckiej w formule zaprojektuj wybuduj/ Wartość 1 370 442,26 zł brutto/ Projekt konstrukcji dróg - załącznik nr 3;

–Roboty budowlane odwodnienia dróg:

Poz. 1 Zakład Usług Komunikacyjnych ROKBUS Sp. z o.o./ Wykonanie odwodnienia nowoprojektowanych dróg w ramach Inwestycji pn. Budowa bazy transportowej z zapleczem warsztatowym i socjalnym w Rostworowie/ wartość 604 507,78 zł brutto/ Opis projektu sanitarnego – wykonania odwodnienia dróg - załącznik nr 4;

Poz. 2 Gmina Budzyń/ Wykonanie odwodnienia nowoprojektowanych dróg w ramach Inwestycji pn. Przebudowa otwartego wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budzynie Etap I / wartość 246 000,00 zł brutto/Inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza z naniesionym odwodnieniem dróg – załącznik nr 5.

–Budowy oświetlenia drogowego:

Poz. 1 Zakład Usług Komunikacyjnych ROKBUS Sp. z o.o./ Budowa oświetlenia nowoprojektowanych dróg wewnętrznych i manewrowych w ramach Inwestycji pn. Budowa bazy transportowej z zapleczem warsztatowym i socjalnym w Rostworowie/ wartość 172 200,00 zł brutto / Dokumentacja powykonawcza elektryczna z informacją dotyczącą oświetlenia dróg typ lamp BGP283 na słupie H=12m zamontowane na prefabrykowanym fundamencie - załącznik nr 6;

Poz. 2 Gmina Budzyń/ Budowa oświetlenia nowoprojektowanych dróg dojazdowych i manewrowych w ramach Inwestycji pn. Przebudowa otwartego wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budzynie Etap I / wartość 49 270,95 zł brutto/Dokumentacja techniczna schemat oświetlenia zewnętrznego typ lamp URBINO 12LED 740 07 na słupie oraz lamp URBINO 12LED 740 04 na słupie - załącznik nr 7;

Poz. 3

Gmina Miejska Chodzież/ Budowa oświetlenia ciągu pieszo jezdni w ramach Inwestycji pn. „Chodzież Od Nowa - rewitalizacja fizyczna, gospodarcza, społeczna i kulturalna śródmieścia" - teren A - Aleja Gwiazd Jazzu Przebudowa ul. Strzeleckiej w formule zaprojektuj wybuduj/ wartość 448 608,62 zł brutto/ Dokumentacja techniczna rysunek PZT ulica strzelecka oświetlenie typ opraw Rossa CUT 8LED 48 na słupie H=8m - załącznik nr 8 Opis techniczny budowy oświetlenia - załącznik nr 9."

Przystępujący dodał, iż na potwierdzenie wartości poszczególnych zadań w załączniku przekazuje: „Rokbus – harmonogram prac, GM Budzyń kosztorys różnicowy końcowy, GM Chodzież protokół rzeczowo – finansowy wykonania i

odbioru robót poświadczające wartości wykonanych robót. Wskazane zakresy były zawarte, w ramach umów ryczałtowych jako elementy częściowe Inwestycji.”

Zamawiający w dniu 12 czerwca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując normy prawne mające znaczenie dla rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odrzucenie oferty w oparciu o ww. podstawę prawną musi zostać co do zasady poprzedzone uprzednim wezwaniem wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, które były wymagane a nie zostały złożone lub są one niekompletne lub zawierają błędy. Zamawiający może także na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Ponadto należy wskazać, iż jedną z gwarancji zachowania zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców jest istniejący po stronie zamawiającego obowiązek jasnego określenia wszelkich warunków zamówienia, którymi następnie zarówno sam zamawiający, jak i wykonawcy pozostają związani. Zamawiający w procesie weryfikacji ofert zobowiązany jest stosować się do ostatecznie ustalonych postanowień SWZ, a wykonawców traktować w sposób równy. Jak wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 22/21, precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Zamawiający tym samym, badając spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ma obowiązek stosować się do literalnego brzmienia tych warunków, jakie sam określił w SWZ. W konsekwencji również wezwania kierowane do wykonawców w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp muszą korelować z ustaloną w SWZ treścią warunków udziału w postępowaniu i opisanym tam sposobem ich spełnienia.

W rozpoznawanej sprawie kwestią kluczową dla rozstrzygnięcia była interpretacja warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ. Zamawiający wymagał od wykonawców legitymowania się wykonaniem co najmniej dwóch robót budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni jedni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto – w jednym lub kilku zadaniach. W oparciu o literalne brzmienie tego warunku można jednoznacznie stwierdzić, że przedmiotem każdej z robót referencyjnych musiała być budowa lub przebudowa drogi wraz z odwodnieniem i oświetleniem, czyli w ramach danych robót należało wykonać budowę (przebudowę) drogi, odwodnienie tej drogi oraz oświetlenie tej drogi. Użycie sformułowania „drogi wraz z odwodnieniem i oświetleniem” wprost wskazuje, że odwodnienie i oświetlenie dotyczy budowanej/przebudowywanej drogi. Taki sposób rozumienia spornego warunku koreluje z opisem przedmiotu zamówienia, którym jest właśnie budowa drogi (gminnej) wraz z odwodnieniem i oświetleniem tej drogi. Niezgodne z treścią warunku udziału w postępowaniu było zatem kierowanie przez Zamawiającego do Przystępującego wezwań w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w których wyodrębniano roboty budowlane polegające na budowie drogi od tych odnoszących się do odwodnienia i oświetlenia i dopuszczano możliwość legitymowania się różnymi inwestycjami w tym zakresie. Słusznie Odwołujący wskazywał w zarzucie drugim, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni warunku udziału w postępowaniu, jako że należało wykonać budowę (przebudowę) drogi razem z odwodnieniem i oświetleniem, tak ja ma to mieć miejsce w ramach realizacji zamówienia.

Pozostając w temacie wykładni warunku udziału w postępowaniu należy również wskazać, iż Zamawiający w SWZ nie doprecyzował, że użyte w warunku pojęcie drogi należy rozumieć w określony sposób, w szczególności nie ograniczył dróg jedynie do dróg publicznych, mimo iż przedmiotem zamówienia jest budowa drogi gminnej. Zamawiający

wymagał jedynie, aby nawierzchnia jezdni była wykonana z odpowiedniego rodzaju materiału (kostki betonowej lub kamiennej) i aby wykonano odwodnienie i oświetlenie tej drogi. W świetle warunku określonego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ nie było także przeszkód, aby wykonawca posłużył się robotami budowlanymi polegającymi na budowie lub przebudowie drogi, które były elementem szerszego zamierzenia inwestycyjnego, o ile obejmowało ono budowę lub przebudowę drogi o wymaganym rodzaju nawierzchni razem z jej odwodnieniem i oświetleniem. Mając to na względzie nie można przyjąć za prawidłowe założenia Odwołującego, który z faktu, że przedmiotem robót budowlanych wskazanych przez Przystępującego w wykazie była budowa stadionu oraz budowa bazy transportowej, a zatem nie były to inwestycje *stricto* drogowe tak jak przedmiot zamówienia, wywodził brak wykonania robót polegających na budowie drogi wraz z oświetleniem i odwodnieniem. Nie można z góry wykluczyć, że tego rodzaju inwestycje obejmowały swoim zakresem budowę dróg (choćby dojazdowych). Treść warunku – jak wskazano wyżej – odnosiła się jedynie do dróg o określonej nawierzchni jezdni wraz z odwodnieniem i oświetleniem oraz zawierała wymóg dotyczący łącznej wartości robót. Innych szczegółowych wymagań w SWZ nie określono. Przystępujący mógł zatem powołać się na roboty budowlane o szerszym niż opisane w treści warunku udziale w postępowaniu zakresie. Natomiast w takim wypadku wykonawca powinien mieć na uwadze to, że na nim spoczywał będzie obowiązek wykazania, że każda z dwóch robót budowlanych obejmowała budowę/przebudowę drogi wraz z oświetleniem i odwodnieniem, że drogi te miały jezdnię o wymaganej w treści warunku nawierzchni oraz że wartość tych dwóch konkretnych robót odpowiadała łącznie wartości wskazanej w warunku udziale w postępowaniu. Co do zasady informacje te powinny zostać odpowiednio wyodrębnione, tak aby możliwe było dokonanie oceny czy warunek udziale w postępowaniu został spełniony.

Mając na uwadze powyższe wnioski, oceniając przedstawione przez Przystępującego w wykazie roboty budowlane, należało stwierdzić, iż za potencjalnie spełniające warunek uznane zostać mogły tylko dwie roboty budowlane – z poz. 1 (Inwestycji pn. Budowa bazy transportowej z zapleczem warsztatowym i socjalnym w Rostworowie – ZUK ROKBUS Sp. z o.o.) i poz. 2 (Inwestycja pn. Przebudowa otwartego wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budzynie Etap I – Gmina Budzyna). Okolicznością bezsporną było bowiem to, że w ramach inwestycji realizowanych na rzecz Gminy Miejskiej Chodzież (poz. 3 i 4 wykazu) Przystępujący wykonał jedynie budowę drogi wraz z oświetleniem, nie wykonał jednak odwodnienia (co wynika wprost z informacji przedstawionych w wykazie), podczas gdy odwodnienie drogi było obowiązkowym w świetle warunku elementem robót referencyjnych. Na powyższe zwrócono uwagę w treści odwołania, Przystępujący z argumentacją Odwołującego w tym zakresie nie podjął polemiki ani w pismach, ani na rozprawie. Podczas rozprawy Przystępujący powoływał się jedynie na dwie pierwsze pozycje wykazu jako spełniające sporny warunek udziale w postępowaniu.

Odnosząc się do robót budowlanych wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu załączonego do pisma z 7 czerwca 2023 r., Izba stwierdziła, iż na podstawie dokumentów przedstawionych przez Przystępującego wraz z tym pismem można stwierdzić, że opisane tam roboty w jakimś zakresie obejmowały budowę dróg o nawierzchni z kostki betonowej wraz z odwodnieniem i oświetleniem. W odniesieniu do poz. 1 wykazu załączonego do ww. pisma (budowa bazy transportowej z zapleczem warsztatowym i socjalnym w Rostworowie, w tym wykonanie nowoprojektowanych dróg wraz z odwodnieniem i oświetleniem zewnętrznym) Przystępujący złożył projekt konstrukcji dróg (załącznik nr 1), który potwierdza fakt budowy drogi oraz fakt, iż do wykonania nawierzchni użyto kostki betonowej szarej typu cegła. Przystępujący przedstawił także opis projektu sanitarnego (załącznik nr 4) potwierdzający wykonanie odwodnienia dróg (w projekcie wykonawczym wprost wskazano, że obejmuje on odwodnienie projektowanego zakresu drogowego z odprowadzeniem wód opadowych). Przedstawiono ponadto dokumentację powykonawczą elektryczną (załącznik nr 6) zawierającą informacje dotyczące oświetlenia. Odwołujący do tych dokumentów się nie odniósł, nie kwestionował ich wiarygodności, tym samym brak jest podstaw do podważenia twierdzeń Przystępującego, iż wskazane w poz. 1 roboty budowlane obejmowały budowę drogi wraz z odwodnieniem i oświetleniem. Analogicznie rzecz się ma w odniesieniu do robót wskazanych w poz. 2 wykazu (Przebudowa otwartego wielofunkcyjnego stadionu sportowego w Budzynie Etap I, w tym wykonanie dróg dojazdowych, odwodnienia i oświetlenia). Przystępujący do pisma z 7 czerwca 2023 r. załączył przekrój drogi manewrowej z kostki betonowej (załącznik nr 2), inwentaryzację geodezyjną z zaznaczonym odwodnieniem dróg (załącznik nr 5) oraz dokumentację techniczną zawierającą schemat oświetlenia zewnętrznego (załącznik nr 7). Jeszcze wcześniej, wraz z pismem z dnia 24 maja 2023 r. Przystępujący złożył przekrój D-D, Inwentaryzację geodezyjną powykonawczą oraz projekt zagospodarowania. Odwołujący dokumentów tych co do zasady nie kwestionował, w szczególności nie wykazał, aby ich treść nie potwierdzała, że w ramach robót budowlanych wykonano elementy istotne z perspektywy warunku udziale w postępowaniu, tj. budowę drogi o nawierzchni jezdni z kostki betonowej wraz z odwodnieniem i oświetleniem.

Natomiast zgodzić należało się z Odwołującym, iż przedstawione przez Przystępującego informacje i dokumenty nie pozwalają na przesądzenie, czy zadeklarowana wartość wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu robót stanowi właśnie wartość robót polegających na budowie lub przebudowie dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz

z odwodnieniem i oświetleniem. Przede wszystkim nie jest możliwy do ustalenia zakres robót opisanych w warunku udziału w postępowaniu realizowanych przez Przystępującego w ramach większych inwestycji, co ma dla weryfikacji ich wartości kluczowe znaczenie. Z kolei przedstawione przez Przystępującego dokumenty, mające potwierdzać wartość poszczególnych zadań (tj. dla poz. 1 harmonogram prac, a dla poz. 2 kosztorys różnicowy końcowy), odnoszą się do całokształtu robót budowlanych objętych zadaniem i nie da się na ich podstawie wyodrębnić konkretnych danych odnoszących się ściśle do robót będących przedmiotem warunku udziału w postępowaniu. Harmonogram prac i kosztorys różnicowy końcowy odnoszą się do określonych kosztów w sposób zbiorczy, podczas gdy obie inwestycje obejmowały szereg innych elementów niż tylko budowa dróg wraz z odwodnieniem i oświetleniem.

Na powyższe dość szeroko wskazywano w odwołaniu (str. 9-14 odwołania), natomiast Przystępujący ani w treści pisma zgłaszającego przystąpienie, ani w piśmie procesowym zawierającym sprzeciw, ani podczas rozprawy nie odniósł się w ogóle do tej kwestii. Przystępujący w postępowaniu odwoławczym nie podjął żadnej plemniki z podnoszonymi przez Odwołującego wątpliwości, nie próbował nawet wyjaśnić, w jaki sposób ustalił wartość robót zadeklarowaną w wykazie robót budowlanych ani jaki był faktyczny zakres tych robót, w sytuacji gdy jak słusznie zauważył Odwołujący, inwestycje obejmowały szereg innych elementów, w tym np. budowę placów manewrowych czy parkingów. Wartość robót wskazaną w wykazie należało odnieść *stricto* do robót polegających na budowie (przebudowie) dróg (o określonej nawierzchni jezdni – z kostki betonowej lub kamiennej) wraz z odwodnieniem tych dróg i oświetleniem tych dróg (a nie na przykład parkingu). Kwestia ta powinna zostać poddana szczegółowej analizie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czego Zamawiający zaniechał.

Powyższe zaniechanie nie mogło jednak skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego, czego domagał się Odwołujący. Żądanie odrzucenia oferty Przystępującego z omawianych powodów należało uznać za przedwczesne. Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych. Na gruncie stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy wezwanie takie należy uznać za konieczne, nie jest bowiem pewne czy przedstawione roboty budowlane spełniają warunek udziału w postępowaniu co do oczekiwanej łącznej wartości robót, a jednocześnie nie można wykluczyć, że wartość tych robót jest wystarczająca, wpisuje się w warunek. Co więcej, należy dodać, że oba wezwania, jakie skierował Zamawiający do Przystępującego w toku postępowania odwoławczego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie tylko nie odnosiły się do tej kwestii, ale były wadliwe co do zasady, jako że zostały oparte na błędnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu prezentowanej przez Zamawiającego. Zamawiający sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie, a także na rozprawie, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia interpretował sporny warunek w sposób nieprawidłowy. W takiej sytuacji Zamawiający powinien wziąć pod uwagę to, że wcześniejsze wezwania skierowanego do Przystępującego także były nieprawidłowe, a jako takie nie powinny nieść negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Powyższe również wskazuje na przedwczesność żądania odrzucenia oferty Przystępującego zawartego w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Zamawiający powinien wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VI pkt 1.2 lit. a SWZ w zakresie wartości wykonanych robót budowlanych wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu robót, dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wystosowanie ww. wezwania. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego powinny potwierdzać, że wartość podana w wykazie odnosi się do robót polegających na budowie lub przebudowy dróg o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej wraz z odwodnieniem i oświetleniem stanowiących przedmiot warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VI pkt 1.2 lit. a SWZ. W szczególności Przystępujący powinien rzeczowo wytłumaczyć, jaki był konkretny zakres robót polegających na budowie (przebudowie) drogi (o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej) wraz z odwodnieniem drogi i oświetleniem tej drogi w ramach każdej z inwestycji oraz w jaki sposób wartość podana w wykazie została przez niego ustalona. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, tak aby Zamawiający miał podstawy do dokonania oceny czy wymóg dotyczący łącznej wartości robót został spełniony.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli

uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w . W świetle wskazanej regulacji zwrot kosztów postępowania w przypadku uwzględnienia odwołania przysługuje wyłącznie Odwołującemu, wobec czego wniosek Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika nie został uwzględniony. Z kolei Odwołujący nie wnosił o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, o których mowa w § 5 pkt 2 Rozporządzenia, wobec czego Izba zasądziła od Przystępującego (wnoszącego sprzeciw) na rzecz Odwołującego wyłącznie kwotę 10 000 zł, którą Odwołujący uiścił z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: