

Sygn. akt: KIO 2148/12

WYROK

z dnia 19 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2012 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: IDS-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Steinbudex-JM J..... M....., Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. D....., E. D....., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź,

przy udziale wykonawców:

A. STRABAG sp. z o.o., ul. Parzewska 10, 05-800 Pruszków;

B. POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 7, 01-934 Warszawa,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: IDS-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Steinbudex-JM J..... M....., Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. D....., E. D....., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: IDS-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Steinbudex-JM J..... M....., Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. D....., E. D....., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: IDS-BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Steinbudex-JM J..... M....., Zakład Usług Brukarskich ADROG Sp. j. A. D....., E. D....., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - IDS-BUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z Warszawy, J..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Steinbudex-J.M.” J..... M.....k ze Świdnicy, Zakład Usług Brukarskich „ADROG” Sp. j. A..... D....., E..... D..... z Warszawy [dalej: Odwołujący] wnieśli odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu, którego przedmiotem jest Przebudowa ul. Piotrkowskiej na odc. od Placu Wolności od Piłsudskiego/al. Mickiewicza wraz z przebudową skrzyżowań i dróg bocznych oraz remontem nawierzchni w podcieniach budynków”. Wnoszący odwołanie wykonawcy zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej wykonawcy - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (zwana dalej „STRABAG”), która to firma – zdaniem Odwołującego - podlega wykluczeniu. Wskazali także, że również z postępowania podlega wykluczeniu firma POL-DRÓG Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zwana dalej „POL-DRÓG”). W ocenie Odwołującego takie działanie stanowi naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 3 i art. 26 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp oraz innych przepisów przywołanych w treści niniejszego odwołania. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu (1) unieważnienia decyzji z dnia 25.09.2012 r. o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty firmy STRABAG; (2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;(3) wykluczenia z postępowania wykonawców STRABAG oraz POL-DRÓG, a w konsekwencji odrzucenia oferty tych firm; oraz (4) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający naruszając przepisy ustawy Pzp dokonał wyboru oferty Wykonawcy STRABAG, który winien być wykluczony z udziału w postępowaniu oraz nie wykluczył z postępowania oferty Wykonawcy POL-DRÓG. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, tj. nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty firmy STRABAG w wyniku, czego dojdzie do powtórnego badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia firm: STRABAG i POL-DRÓG oraz uznania ich ofert za odrzucone, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą w świetle jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, jakim jest cena.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Odwołujący podał, że w zakresie jednego z warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ wymagał wykazania przez wykonawców, (...)w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonania robót polegających na: (a) Budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej na łącznej powierzchni min. 10 tys. m² wraz z budową lub przebudową oświetlenia ulicznego oraz odwodnienia, w ramach jednego zamówienia.

Odnośnie oferty wykonawcy STRABAG wnoszący odwołanie podał, że wykonawca ten na potwierdzenie spełnienia wskazanego warunku [dotyczącego wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ], w pozycji 4 formularza nr 5 „Wykaz wykonanych/zakończonych robót” wskazał robotę pn. „Centrum Usługowo- Handlowe Galeria Jurajska”. W opisie tej roboty, zawartym w wykazie STRABAG oświadczył, iż w ramach przedmiotowej Inwestycji wykonano „powierzchnię dróg z kostki betonowej powyżej 10.000,00 m²”. W dniu 20.09.2012r. Zamawiający, w piśmie znak: ZDiT-DZ.3320.33.2012, wezwał STRABAG do uzupełnienia złożonych dokumentów m.in. o informację, jaka była powierzchnia wykonanej nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej lub do złożenia nowego Wykazu wykonanych zakończonych/robót wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W odpowiedzi na powyższe pismo STRABAG oświadczył, iż „w ramach realizacji zadania «Centrum Usługowo-Handlowe Galeria Jurajska» wykonał nawierzchnię jezdni z kostki betonowej w ilości powyżej 10.000,00 m²”, nie wskazując jednak dokładnej powierzchnia wykonanej nawierzchni jezdni. Z informacji, którą posiada Odwołujący wynika, iż złożone przez STRABAG oświadczenie jest nieprawdziwe. Charakter wykazanego zadania inwestycyjnego, tj. galeria handlowa, powoduje, iż stanowi ono obiekt ogólnodostępny. Już sama wizja lokalna dokonana na miejscu wykazanej inwestycji pozwala stwierdzić, iż rzeczywista ilość nawierzchni jezdni z kostki betonowej jest zdecydowanie mniejsza niż zadeklarowana przez Wykonawcę STRABAG. W celu uzyskania pisemnego potwierdzenia posiadanych informacji, Odwołujący zwrócił się do właściwych podmiotów o przekazanie stosownych danych wskazujących powierzchnię drogi o nawierzchni jezdni wykonanej w ramach wykazanej inwestycji. Z uwagi na krótki okres pomiędzy udostępnieniem do wglądu dokumentacji postępowania a terminem przewidzianym na wniesienie odwołania, Odwołujący nie otrzymał jeszcze pisemnych dokumentów, jednak zostaną one przedstawione w terminach określonych w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawdziwe informacje przedstawione przez STRABAG dotyczące ilości metrów kwadratowych nawierzchni jezdni wykonanej w ramach zadania inwestycyjnego wskazanego w poz. 4

wykazu wykonanych/zakończonych robót spowodowały, że Zamawiający uznał warunek określony w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ za spełniony i dokonał wyboru oferty STRABAG. Powyższe informacje miały, więc decydujący wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dlatego też wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, a jego oferta winna zostać odrzucona. Z ostrożności procesowej, Odwołujący (zakładając, iż posiadane przez niego informacje co do powierzchni jezdni potwierdzą się) wskazał, iż nawet gdyby z jakichkolwiek powodów uznano, iż STRABAG nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, to wykonawca ten winien być wykluczony w oparciu o przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4, tj. z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zastrzegł jednocześnie, że wykonawca STRABAG był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia złożonych oświadczeń lub dokumentów m.in. w zakresie spełniania warunku określonego w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ, zatem czynność wezwania nie może być już powtórzona, a tym samym wykonawca ten nie ma możliwości uzupełnienia złożonych dokumentów.

Odnosnie oferty wykonawcy POL-DRÓG wnoszący odwołanie podał, że wykonawca ten na potwierdzenie spełnienia wskazanego warunku [dotyczącego wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ], w pozycji 1 formularza nr 5 „Wykaz wykonanych/zakończonych robót” wskazał zadanie pn. „Rewitalizacja miasta Świecie. Stworzenie centrum turystyczno - rekreacyjnego i gospodarczego poprzez odnowę, poprawę funkcjonalności i właściwe zagospodarowanie przestrzeni śródmiejskiej: dla Gminy Świecie.” W dniu 20.09.2012r. Zamawiający pismem znak ZDiT-DZ.3320.33.2012 wezwał POL-DRÓG do uzupełnienia złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W wezwaniu Zamawiający zwrócił się o uzupełnienie złożonych dokumentów w zakresie wskazania powierzchni nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej, wykonanej w ramach wykazanego zadania lub do złożenia nowego wykazu wykonanych/zakończonych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W odpowiedzi na powyższe pismo POL-DRÓG złożył nowy wykaz wykonanych robót z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej prawidłowo ukończone. W nowym wykazie wykonanych/zakończonych robót złożonym w ramach uzupełnień, w pozycji 1 zamieszczono inwestycję pn. „Budowa dróg wraz z infrastrukturą w Goleniowie” wykonaną przez PRD POL-DRÓG Nowogard S.A., która zobowiązała się do udziału w realizacji zadania i udostępniła Wykonawcy POL-DRÓG swą wiedzę, doświadczenie i potencjał. W opisie wykazanego zadania inwestycyjnego zawartym w wykazie, POL-DRÓG oświadczył, iż zakres robót obejmował: nawierzchnie z kostki betonowej szarej 8 cm na podsypce cementowo piaskowej - 9.342,00 m² (droga/jezdnia) oraz nawierzchnie z kostki betonowej czerwonej 8 cm na

podsypane cementowo-piaskowej - 1.110,00 m² (droga/jezdni). Tożsame ilości wskazuje również dokument pn. "Potwierdzenie należytego wykonania umowy" wystawiony przez Gminę Goleniów, przy czym referencja ta nie określa, iż zarówno nawierzchnia z kostki betonowej szarej o powierzchni 9.342,00 m² jak i nawierzchnia z kostki betonowej czerwonej o powierzchni 1.110,00 m² stanowi nawierzchnię jezdni. Informacja, iż obie nawierzchnie stanowią nawierzchnię jezdni znajduje się wyłącznie w oświadczeniu POL-DRÓG zawartym w wykazie wykonanych/zakończonych robót. W tym przypadku Odwołujący stwierdził, że nawierzchnię jezdni w tej inwestycji stanowiła wyłącznie nawierzchnia z kostki betonowej o powierzchni 9.342 m². Pozostała powierzchnia 1110 m², wskazywana przez POL-DRÓG jako również nawierzchnia jezdni, stanowiła w rzeczywistości nawierzchnię zjazdów, które nie stanowią jezdni. Wobec powyższego stwierdził, że wykonawca POL-DRÓG w opisie roboty wykazanej w pozycji 1 wykazu wykonanych/zakończonych robót podał nieprawdziwe informacje, która to informacja miała wpływ na wynik postępowania, albowiem dzięki oświadczeniu POL-DRÓG, że nawierzchnia z kostki betonowej czerwonej 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej o powierzchni 1.110,00 m² stanowiła nawierzchnię jezdni, POL-DRÓG „osiągnął” wymagany zakres robót określony w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ przez co spełnił warunek tamże określony. Także w tym przypadku, Odwołujący - ostrożności procesowej wskazał, iż nawet gdyby z jakichkolwiek powodów uznano, iż POL-DRÓG nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, to wykonawca ten winien być wykluczony w oparciu o przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4, tj. z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy zastrzec, iż POL-DRÓG był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia złożonych oświadczeń lub dokumentów m.in. w zakresie spełniania warunku określonego w pkt 6.1 2a) Tomu I SIWZ, zatem czynność wezwania nie może być już powtórzona, a tym samym POL-DRÓG nie ma możliwości uzupełnienia złożonych dokumentów. W celu uniknięcia wątpliwości, które mogą dotyczyć oferty POL-DRÓG, a ewentualnie również oferty STRABAG, Odwołujący podniósł, że zgodnie z definicjami legalnymi, zawartymi w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 nr 19 poz. 115) zjazd nie jest nawet częścią drogi, zatem nie może stanowić jezdni. Na odrębność obu pojęć wskazuje przede wszystkim osobne ich zdefiniowanie w ustawie (vide art. 4 pkt 5 i pkt 8 ustawy o drogach publicznych) oraz treść tychże definicji ustawowych, w myśl których: (a) Jezdnia to część drogi przeznaczona do ruchu pojazdów; (b) Zjazd to połączenie drogi publicznej z nieruchomością położoną przy drodze, stanowiące bezpośrednie miejsce dostępu do drogi publicznej w rozumieniu przepisów o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Kwestia ta została również jednoznacznie przesądzona w procesie stosowania prawa. W wyroku z dnia 21 stycznia 2011 r. (I OSK 445/2010) Naczelny Sąd Administracyjny zważył, iż „zjazd jest zatem miejscem dostępu do drogi publicznej niestanowiącym jednak jej części. (...) z definicji

„zjazdu” zawartej w ustawie o drogach publicznych wynika, że zjazd nie jest częścią drogi, tak jak to określa cyt. rozporządzenie z dnia 2 marca 1999 r., lecz jest to jedynie miejsce dostępu do drogi publicznej. Określenie pojęcia „zjazdu” zawarte w ustawie o drogach publicznych jest obowiązujące także w sprawach z zakresu prawa budowlanego”. Wskazał także na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 5 maja 2011 r. (III SA/Wr 135/2011) oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2011 r. (I OSK 501/2010), w którym stwierdzono, że „zjazd łączący drogę publiczną z nieruchomością położoną przy drodze nie stanowi „sam w sobie” części drogi, w rozumieniu art. 4 pkt. 2 i 8 ustawy o drogach publicznych.” Podał także, że (...) Rozdzielność pojęć jezdni i zjazdu znajduje również potwierdzenie w przepisach rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. Nr 43 poz. 430 z późn. zm.). Podkreślić, iż rozporządzenie to z uwagi na regulowaną materię, stanowi swoisty zbiór wiedzy technicznej z zakresu drogownictwa. Akt ten w Dziale III odrębnie reguluje wymagania techniczne dotyczące jezdni (Rozdział II Jezdnie) i wymogi odnoszące się do zjazdów (Rozdział XIII Skrzyżowania i zjazdy). Taka systematyka przyjęta w przywołanym rozporządzeniu potwierdza istotną odrębność obu pojęć nie tylko z normatywnego ale również z technicznego punktu widzenia. W świetle powyższego, oświadczenie POL-DRÓG, w którym zalicza on nawierzchnie zjazdów do nawierzchni jezdni nie może być uznane za zgodne z prawdą, a tym samym nie można uznać, iż doświadczenie wykazane przez POL-DRÓG spełnia warunek określony w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ. W ocenie Odwołującego, sposób w jaki Zamawiający sformułował warunek w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ nie może budzić wątpliwości, iż dopuszczał on wyłącznie budowę lub przebudowę drogi o nawierzchni samej jezdni (bez chodników, ciągów pieszych, placów, parkingów, zjazdów, itp.) z kostki betonowej lub kamiennej na łącznej powierzchni min. 10 tys. m². Taką intencję Zamawiającego potwierdzają również jego późniejsze czynności, w ramach których wzywał on wykonawców (łącznie z Odwołującym) do uzupełnienia złożonych dokumentów o informację jaka była powierzchnia wykonanej nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej. Dlatego też Odwołujący stanowczo twierdzi, iż przy ocenie spełniania warunku określonego w pkt 6.1.2a) Tomu I SIWZ, należy uwzględniać wyłącznie przebudowaną lub wybudowaną drogę o nawierzchni jezdni, nie uwzględniając innych rodzajów nawierzchni. Odwołujący również zwrócił uwagę, iż działanie STRABAG i POL-DRÓG polegające na „korygowaniu” wykazywanej wiedzy i doświadczenia pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego, prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, o której zachowanie winien dbać Zamawiający, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę, iż jest to naczelną zasadą, którą winien kierować się Zamawiający przy prowadzeniu postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie dochował należytej staranności w tym zakresie. Zamawiający wezwał wprawdzie STRABAG do „uzupełnienia dokumentów o informację jaka była powierzchnia wykonanej nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej”, jednak zadowolił się nieprecyzyjną i niezgodną z zadaniem pytaniem odpowiedzią, że wykonawca „w ramach realizacji zadania «Centrum Usługowo-Handlowe Galeria Jurajska» wykonał nawierzchnię jezdni z kostki betonowej w ilości powyżej 10.000,00 m²”. W ocenie Odwołującego, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu, Zamawiający winien co najmniej zażądać dokładniejszych wyjaśnień, bowiem oględne uzupełnienie przez STRABAG tak istotnej dla wyników postępowania informacji nie powinno być uznane za rozwiewające wątpliwości. Podobnie w odniesieniu do uzupełnienia dokumentów przez POL-DRÓG, Zamawiający winien podjąć aktywne próby wyjaśnienia otrzymanych dokumentów. Wobec obowiązku wynikającego z art. 7 ust. 1 ustawy, Zamawiający winien korzystając z przysługujących mu instrumentów dążyć samodzielnie do wyjaśnienia budzących wątpliwość oświadczeń wykonawców, tak aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła Izba, wnoszący odwołanie wykonawca, w odwołaniu wskazał na naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 26 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. – Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art.24 ust. 2 pkt 3 oparty został na założeniu, że (...) Z informacji którą posiada Odwołujący się wynika, iż złożone przez STRABAG oświadczenie jest nieprawdziwe, albowiem (...) Już sama wizja lokalna dokonana na miejscu wykazanej inwestycji pozwala stwierdzić, iż rzeczywista ilość nawierzchni jezdni z kostki betonowej jest zdecydowanie mniejsza niż zadeklarowana przez Wykonawcę STRABAG”. Także zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp – podnoszony z ostrożności procesowej przez Odwołującego i przy założeniu, że (...) posiadane przez niego informacje, co do powierzchni jezdni potwierdzają się (...) oparto na twierdzeniu nie spełnienia przez wykonawcę STRABAG warunku z pkt 6.1.2a) w zakresie wymaganej w tym warunku minimalnej powierzchni [min.10 tys. m²]. Na rozprawie Odwołujący przedstawił dokument pt. Szkic rodzajów nawierzchni

wokół Galerii Jurajskiej w Częstochowie” oraz obliczenia powierzchni odnoszące się wyłącznie do jezdni północnej i południowej [jezdnie zewnętrzne]. Wskazał ponadto, że także warunek, co do budowy wymaganego oświetlenia nie został przez wykonawcę wykazany. Poddał także w wątpliwość potwierdzenie warunku, co do wymaganego wykonania odwodnienia. Stwierdził również, że wykonawca STRABAG nie legitymuje się jedną drogą, która jest wymagana w tym warunku. Rozpoznając odwołanie w tej części, Izba stwierdziła, że zgodnie ze wskazanym warunkiem Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne wykonania jednej roboty polegającej na budowie lub przebudowie drogi o nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej na łącznej powierzchni min. 10 tys. m² wraz z budową lub przebudową oświetlenia ulicznego oraz odwodnienia, w ramach jednego zamówienia. Zatem obok minimalnej powierzchni w opisie warunku wskazano także na takie elementy jak wykonanie oświetlenia ulicznego oraz odwodnienia, nie wskazując w tym przypadku minimalnych parametrów. Wskazano także, że powyższe ma dotyczyć wykonania roboty z opisanymi elementami w ramach jednego zamówienia. Powyższe elementy warunku, poza zarzutami dotyczącymi wymaganej powierzchni, nie były w odwołaniu przez Odwołującego kwestionowane. Wykonawca nie wskazał także w odwołaniu na obowiązek wykazania jednej drogi o powierzchni minimum 10 tys. m². Z ustaleń Izby wynika, że wykonawca STRABAG już w złożonej ofercie wskazał na jedno zamówienie, jednakże w opisie robót powierzchnię 10 tys. m² odniósł do powierzchni dróg, a nie jednej drogi. Rozpoznając zatem zarzuty dotyczące oferty wykonawcy STRABAG, Izba miała na uwadze dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu i tym samym przedmiotem orzekania przez Izbę nie mogą być – podnoszone na rozprawie - zarzuty dotyczące elementów warunku z pkt 6.1.2a) związanego z liczbą dróg realizowanych w ramach jednego zamówienia, czy też związanego z odwodnieniem lub oświetleniem ulicznym. Rozpoznając, co do oferty wykonawcy STRABAG, zarzut niespełnienia warunku w zakresie wymaganej minimalnej powierzchni nawierzchni jezdni, Izba przede wszystkim stwierdziła, że Zamawiający nie wskazał w specyfikacji, że użyte w niej pojęcie drogi czy jezdni należy definiować na podstawie ustawy o drogach publicznych. Zatem powoływany przez Odwołującego art. 4 tej ustawy nie może mieć w niniejszej sprawie bezpośredniego zastosowania. Także wskazane w odwołaniu przepisy rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. Nr 43 poz. 430 z późn. zm.) nie zostały powołane w specyfikacji, a zatem powoływanie się wprost na normatywne i techniczne definicje użyte w tym rozporządzeniu dla interpretacji zawężającej spornych pojęć specyfikacji nie może być uznane – zdaniem Izby - za zasadne. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że nawet wskazywana przez Odwołującego ustawa o drogach

publicznych pozwala - art. 8 tej ustawy – na szerszą interpretację tych pojęć zaliczając do dróg - w tym przypadku wewnętrznych - nawet parkingi, czy place i inne drogi przeznaczone do ruchu pojazdów. Izba zauważa także, że w specyfikacji Zamawiający nawet w opisie przedmiotu zamówienia – w tym w jego tytule – posługuje się pojęciem nie normatywnym – droga boczna. Powyższe ustalenie wskazuje, że wnoszący odwołanie wykonawca, podnosząc w odwołaniu zarzuty do oferty wykonawcy STRABAG - uznanej za najkorzystniejszą, oparł je de facto – w miejsce skorzystania z instytucji wyjaśnień - na własnej interpretacji spornego warunku siwz, której uwzględnienie – bez względu na [ewentualną] racjonalność przedstawionej argumentacji - prowadziłoby w konsekwencji do zmiany wymagań, a takie działanie na gruncie ustawy Pzp na obecnym etapie postępowania nie jest dopuszczalne. Także powoływana w odwołaniu intencja Zamawiającego wynikająca z wezwania wykonawców do uzupełnienia złożonych dokumentów [(...) o informację jaka była powierzchnia wykonanej nawierzchni jezdni z kostki betonowej lub kamiennej]”, zdaniem Izby, nie może potwierdzać wywodów wnoszącego odwołanie, co do zakresu żądanych wyjaśnień. W tym przypadku – mając na uwadze list referencyjny TC Galeria CTWA [str 22 oferty wykonawcy Strabag], to zapytanie - zdaniem Izby - dotyczyło w istocie rodzaju materiału użytego do budowy nawierzchni i oświetlenia ulicznego – elementów wymaganych w spornym warunku, albowiem takich informacji wskazana referencja nie zawierała. Tym samym – mając na uwadze opis warunku w specyfikacji – zdaniem Izby, odnoszenie wymaganej powierzchni tylko do nawierzchni tzw. „jezdni zewnętrznych - północnej i południowej” nie jest uzasadnione. Izba jednocześnie stwierdza, że wykonawca STRABAG na rozprawie przedłożył – niekwestionowane przez Odwołującego, co do jego prawdziwości - oświadczenie inwestora GTC Centrum Handlowe Wilanów, z którego treści wynika, że w ramach wykazanej w ofercie budowy wykonawca STRABAG wykonał m.in. roboty budowlane polegające na budowie dróg – w myśl art. 8 ustawy o drogach publicznych wewnętrznych - o nawierzchni jezdni z kostki betonowej na parkingu w ilości ok.14.900 m². Izba zauważa jednocześnie, że ustawa o drogach publicznych, definiując pojęcie jezdni w art. 4 pkt 5 nie wyklucza jego zastosowania w odniesieniu do dróg wewnętrznych, o których stanowi wskazany art. 8 tej ustawy. To oznacza, że argumentacja wnoszącego odwołanie wykonawcy wobec oferty wykonawcy STRABAG nie zasługuje na uwzględnienie i w zakresie rozpoznawanym przez Izbę zarzuty wobec oferty tego wykonawcy podlegają oddaleniu.

Mając na uwadze ustalenia w zakresie braku możliwości powoływania się w niniejszej sprawie na przepisy o drogach publicznych – Izba stwierdziła, że także zarzuty dotyczące oferty wykonawcy POL-DRÓG Warszawa nie podlegają uwzględnieniu. W tym przypadku Odwołujący, wskazując na naruszenie art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp zarzuty te oparł także na definicji jezdni w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. Jego zdaniem ta

definicja nie pozwala na doliczanie powierzchni zjazdów do wymaganej w tym warunku minimalnej powierzchni 10 tys. m². W niniejszej sprawie – wobec braku odwołań w siwz do przepisów o drogach publicznych - Izba dodatkowo zwraca uwagę na inną ustawę, a mianowicie ustawę z dnia 20.06.1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2005 r. nr 108, poz. 908 ze zm.), która zawiera także definicję drogi i definiując pojęcie jezdni, [jako części drogi do ruchu pojazdów] wyłącza z tego pojęcia tylko torowiska, stanowiąc, że określenie „jezdni” nie dotyczy torowisk wydzielonych z jezdni. W tej definicji ustawa nie wyłącza zatem zjazdów. To oznacza, że - jak już Izba wskazała – Odwołujący, podnosząc w odwołaniu zarzut do oferty wykonawcy POL-DRÓG Warszawa oparł go de facto na własnej interpretacji spornego warunku siwz, której uwzględnienie – jak już Izba stwierdziła bez względu na [ewentualną] racjonalność przedstawionej argumentacji - prowadziłoby w konsekwencji do zmiany wymagań [interpretacji zawężającej do definicji wynikającej wyłącznie z przepisów o drogach publicznych], a takie działanie na gruncie ustawy Pzp na obecnym etapie postępowania nie jest dopuszczalne.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji, uznając tym samym za niezasadny zarzut także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust.4 i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....