

Sygn. akt: KIO 2569/17

WYROK
z dnia 19 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2017 r. przez Odwołującego: **Larkbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi**

przy udziale wykonawcy „**WŁODAN**” **A. W. spółka jawna z siedzibą w Porszewicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na remont nawierzchni dróg wewnętrznych i parkingów na terenie jednostek podległych Komendzie Wojewódzkiej Policji w Łodzi* (nr postępowania: FZ-2380/38/17/KK), dalej jako „Postępowanie”. Wartość ww. zamówienia jest niższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 października 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 607234-N-2017.

I. W dniu 4 grudnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioś wykonawca Larkbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi. Odwołanie zostało wniesione od czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania i związanej z tym czynności nie uznania wyjaśnień wykonawcy złożonych na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 25 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentów wykraczających poza wykazanie, że spełnienia warunki udziału w Postępowaniu określone przez Zamawiającego,
2. art. 25 ust. 3) Pzp poprzez nieuznanie przez Zamawiającego braku podstaw do wykluczenia, przekazanych w wyjaśnieniu na wezwanie Zamawiającego,
3. a w konsekwencji podjęcie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na wykluczeniu do z Postępowania i tym samym odrzuceniu jego oferty, pomimo, iż złożone wyjaśnienia nie dawały podstaw do takiego postępowania,
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wnioś o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia go z Postępowania i tym samym przyjęcie przez Zamawiającego jego oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

Na okoliczność wykazania zdolności technicznej i zawodowej do wykonania Zadania nr 1 określonej w pkt 8.2.3.1 SIWZ przedstawił dwa dokumenty:

- a) poświadczenie wykonania robót budowlanych wystawione przez Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi z dnia 26.09.2017 r.
- b) poświadczenie Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 7.03.2017 r. potwierdzające posiadanie wymaganych przez Zamawiającego zdolności technicznych, a więc spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi Sekcja ds. Funduszy Pomocowych i Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2017 r., znak: FZ-23 80/3 8/17/KK, Odwołujący wyjaśnił, że :

1. Wobec różnych niejednoznacznych sformułowań tego samego opisu przedmiotu zamówienia (remont nawierzchni asfaltowej, remont nawierzchni z płyt ażurowych; remont nawierzchni z kruszywa, wykonania drogi asfaltowej; itp.) zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Wykonawca dla potwierdzenia poprawnego zrozumienia przedmiotu zamówienia przyjął, że dotyczy ono zakresu określonego wypełnionymi przez Wykonawcę kosztorysami dla zadania nr 1 Etap I i Etap II do złożonej oferty. Tym bardziej, że przywołane w siwz płyty ażurowe i nawierzchnia z kruszywa nie występują na drogach objętych postępowaniem przetargowym. (!!!)

2. Przyjęty natomiast kosztorysami zakres robót do wykonania dotyczy: po pierwsze - frezowania istniejącej nawierzchni bitumicznej o gr. 4 cm i jej wywiezienie poza teren budowy, po drugie - na tak przygotowanym podkładzie ma być wykonana nowa nawierzchnia z mieszanek mineralno-bitumicznych grysowo-żwirowych o gr. 4 cm, po trzecie - regulacja studzienek i krat ściekowych. W załączonych specyfikacjach technicznych dla robót drogowych (siwz - zw. dokument kontraktowy), Zamawiający dla remontu nawierzchni asfaltowej wymaga asfaltobetonu (kruszywo, wypełniacz, lepiszcze - asfalt drogowy klasy D-50) z zastosowaniem kruszywa mineralno-bitumicznego z kruszywem łamanym klasy I i gatunku 1, a ponadto specyfikacja stawia szczegółowe wymagania dotyczące ziaren wypełniacza, zawartości węgla wapnia oraz wymagań dla asfaltu określonych według obecnie obowiązujących norm. Tym samym zamiast istniejącej nawierzchni bitumicznej, zostanie wykonana nowa nawierzchnia z mieszanek mineralno-bitumicznych grysowo-żwirowych, a więc zdaniem Wykonawcy o zmienionej strukturze wytrzymałościowej i funkcjonalnej.

3. Ponieważ w treści wezwania do Wykonawcy, Zamawiający użył niejednoznacznych określeń dotyczących wymagań zdolności technicznej i zarazem doświadczenia Wykonawcy do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie, Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie

przyjął jako poprawne określenie zawarte w siwz, o treści: dwie roboty polegające na „wykonaniu robót budowlanych związanych z remontem nawierzchni dróg”. Tym samym, istotą wezwania pozostaje określenie „wykonanie robót budowlanych związanych z remontem nawierzchni dróg”, które stanowi całość określenia oraz wymagań zamawiającego i nie może być modyfikowane do przywołanego, w wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, samodzielnego określenia „remont nawierzchni drogi”, bo nie występuje ono rozłącznie w siwz.

Załączone do oferty na okoliczność spełnienia wymagań Zamawiającego, dwa poświadczenia wykonania robót dotyczą „wykonania robót budowlanych związanych z remontem nawierzchni dróg” nie powinny budzić wątpliwości, ale na wezwanie Zamawiającego - Wykonawca wyjaśnił, że w wymaganiach Zamawiającego „wykonania robót budowlanych związanych z remontem nawierzchni dróg” - występuje łącznik „związanych” jako słowo (element) łączący treść, a więc zgodnie ze słownikiem języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego to: powiązać z czymś; odnieść do; połączyć poszczególne elementy np. budowli; współzależny itp. Dlatego też Wykonawca w dalszej części będzie odnosił się do pełnego sformułowania wymagań Zamawiającego w tym zakresie. Tym samym wymaganie dotyczy „wykonania robót budowlanych” jako określenie podstawowe, powiązane z doprecyzowaniem, że dotyczy to remontu nawierzchni dróg, a nie np. konstrukcji stalowych, instalacji, budynku mieszkalnego czy służby zdrowia. Tak więc wymagania odnoszą się do znajomości wykonywania robót budowlanych z doprecyzowaniem drogowych.

5. Pod pojęciem „roboty budowlane” Prawo budowlane w art. 3 punkt 7) określa, że „należy przez to rozumieć: budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego”. Tak więc pod pojęciem „roboty budowlane” występuje zarówno pojęcie „remont” jak też „przebudowa”. Drogi są obiektami budowlanymi w rozumieniu art. 3 pkt 1, 3, 3a Prawa budowlanego i skoro w ustawie tej mowa jest ogólnie o drogach, to należy uznać, że chodzi o każdy jej rodzaj, w tym te które nie są drogami publicznymi w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych. Droga zatem to również droga wewnętrzna. Jak stanowi bowiem art. 4 pkt 18 ww. ustawy z dnia 21.03.1985 r. przebudowa drogi to: "wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego". Zbieżną z powyższą pozostaje definicja przebudowy na gruncie Prawa budowlanego. Por. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 października 2016 r. II OSK 3370/14. Taki też zakres de facto został przyjęty w siwz.

6. W orzecznictwie zwraca się uwagę, że skoro wprowadzając definicję przebudowy ustawodawca nie objaśnił co należy rozumieć przez "zmianę parametrów użytkowych lub technicznych" istniejącego obiektu, wyjaśnienie tego pojęcia wymaga sięgnięcia do wykładni

językowej. Według Słownika Języka Polskiego "parametr" to wielkość charakteryzująca materiał lub element z punktu widzenia jego przydatności. Pozwala to na stwierdzenie, że parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości wyrażone w jednostkach miary czy wagi elementów użytkowych oraz technicznych, które występują w danym obiekcie. Przy przebudowie może dojść do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych, lecz "parametry charakterystyczne", a więc najistotniejsze zachowują wielkość sprzed przebudowy (m. in. pogląd WSA w Gorzowie Wielkopolskim zawarty w wyroku z dnia 2 kwietnia 2014 r., II SA/Go 84/14).

W przypadku przebudowy dróg za przebudowę uznaje się roboty budowlane, które powodują zmianę charakterystycznych parametrów, z tym że tylko w takim zakresie, w jakim nie wymaga to zmiany granic pasa drogowego - por. uzasadnienie do Wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2016 r. IOSK 1972/14. W ocenie NSA, z legalnej definicji przebudowy wynika, że przebudową są też takie roboty budowlane, które nie zmieniają parametrów technicznych obiektu budowlanego.

W przypadku remontu następuje odtworzenie stanu pierwotnego obiektu budowlanego, co wymaga napraw, wymiany lub odnowienia niektórych tylko elementów obiektu. Poza tym w przypadku remontu obiekt jemu poddany zazwyczaj jest jeszcze użytkowany zgodnie ze swoim przeznaczeniem, a remont ma zapobiec na przyszłość jego degradacji fizycznej i technicznej, nadmiernemu i zbyt szybkiemu zużyciu. Tym samym remont obiektu liniowego może polegać na wymianie zużytych jego fragmentów nowymi. Za remont nie można uznać wykonanie prac, w wyniku których obiekt uzyskuje inne parametry i wymiary niż obiekt pierwotnie istniejący. W wyniku remontu nie może powstać obiekt budowlany o innych parametrach technicznych niż obiekt pierwotny (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 19 czerwca 2012 r., II OSK 517/11 - CBOSA; z dnia 8 kwietnia 2011 r., II OSK 610/2010 - Lex Polonica nr 2542882; z dnia 25 stycznia 2008 r., II OSK 1945/2006. W orzecznictwie zwraca się uwagę, że pojęcie remontu nie może być rozszerzane na sytuacje polegające na nadbudowie, rozbudowie czy też odbudowie obiektu budowlanego, bo te roboty kwalifikowane są jako budowa w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy - Prawo budowlane i wymagają uzyskania pozwolenia na budowę. Natomiast nie odnosi się to do przebudowy określonej w art. 3 pkt 7a - przepis dodany przez art. 1 pkt 1 lit. b) ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz.U.2005.163.1364) zmieniającej nin. ustawę z dnia 26 września 2005 r.

8. W ogłoszonym przetargu kwalifikując konkretne roboty budowlane jako remont czy przebudowa można dowodzić zarówno, że mają one charakter remontu ale również przebudowy, a istotą dowodzenia może być wykazanie czy w wyniku wykonania tych robót, doszło do "zmiany parametrów użytkowych lub technicznych" drogi, czy też doszło do „napraw,

wymiany czy odnowienia niektórych tylko elementów drogi bez zmiany parametrów użytkowych lub technicznych drogi”.

Odnosząc się do złożonych referencji Odwołujący wskazał, co następuje:

a) Po pierwsze, „Referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a jedynie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Poświadczenie należytego wykonania usług, jako dokument potwierdzający należyłą realizację konkretnych usług, powinno zawierać treść pozwalającą na identyfikację wykonanego zamówienia. Tak więc, przedłożone przez Wykonawcę wykazy (referencje) spełniają powyższe wymogi. Referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca. - por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 lipca 2016 r. KIO 1229/16 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2867/12.

b) Po drugie, nie może budzić wątpliwości, że obie z przedstawionych przez Wykonawcę referencji wskazują, że Wykonawca wykonał należycie roboty związane z zakresem przedmiotowego warunku, a więc związane z remontem i przebudową dróg asfaltowych, będących przedmiotem zamówienia Zamawiającego i posiada stosowne doświadczenie w zapewnieniu jakości wykonanych robót.

Roboty te uznać należy za wpisujące się w pojęcie „wykonania robót budowlanych związanych z remontem nawierzchni dróg”, ze szczególnym podkreśleniem słowa „związanych”. Wykonawca przyjął wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, jako przejaw czystego formalizmu spowodowanego zachowaniem innych uczestników postępowania, którzy dla własnego interesu podnieśli niezasadne zarzuty.

c) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie można na niekorzyść Wykonawcy interpretować postanowień SIWZ, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do Zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania siwz. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ. Postanowienia SIWZ muszą być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść Wykonawcy. Ponadto na tle obowiązywania uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych granice dozwolonych działań Zamawiającego w przedmiocie doświadczenia zawodowego stanowią wymagania które nie spowodują naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

10. W tym miejscu warto przypomnieć, że, jak stwierdził Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05, „zamawiający obowiązany jest eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania przedsiębiorcy nie wynikają z istoty konkurencji, lecz mają na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK 2003/1/240 pismo z dnia 4 lutego 2003 r.)”.

11. Warte podkreślenia jest, że istotnym argumentem przy wyjaśnieniach Wykonawcy w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej była realizacja innych, podobnych inwestycji czy usług przy ponoszonych podobnych nakładach w odniesieniu do zakresu i złożoności danej roboty budowlanej. Dość wnikliwie odniósł się do tego skład orzekający KIO w wyroku z dnia 12 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 963/09.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, brak podstaw faktycznych i prawnych do uznania, że podlega on wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu. W świetle obowiązujących przepisów i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, Zamawiający nie miał on podstaw prawnych do wykluczenia go z Postępowania i odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy zastrzeżenia Zamawiającego zostały ukierunkowane na dowolną interpretację zapisanych w SIWZ wymagań zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy.

II. Pismem z dnia 14 grudnia 2017 r. odpowiedzi na odwołanie udzielił Zamawiający wnosząc o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie Zamawiający stwierdził, co następuje:

Odwołujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie określonym w SIWZ pkt 8.2.3.1. dla poz. 2 Wykazu robót. Wskazana robota budowlana oraz przedłożone przez Wykonawcę poświadczenie wykonania robót budowlanych dla zadania „Przebudowy ulic na terenie Miasta Łodzi - 3 część - Część 3” nie wyczerpuje znamion pojęcia „remont nawierzchni drogi” i tym samym nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 wezwał Odwołującego pismem z dnia 24 listopada 2017 r. do uzupełnienia Wykazu robót w poz. 2. W odpowiedzi Odwołujący przedstawił ten sam Wykaz robót i referencje.

W związku z wątpliwościami, czy w ramach wskazanej przebudowy był wykonany remont nawierzchni dróg, Zamawiający w dniu 28 listopada 2017 r. zwrócił się do Zarządu Inwestycji Miejskich, tj. podmiotu, który wystawiał referencje, o potwierdzenie czy w ramach ww. przebudowy wykonano remont nawierzchni dróg na kwotę ponad 800 000,00 zł. W odpowiedzi Zarząd Inwestycji Miejskich wskazał, że Odwołujący wykonał przebudowę nawierzchni dróg na kwotę ponad 800 000,00 zł.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ istotą zamówienia dla Zadania nr 1 jest remont nawierzchni na terenie KWP w Łodzi przy ul. Stokowskiej 21/25:

- 1) ETAP I dot. remontu nawierzchni drogowej asfaltowej;
- 2) ETAP II dot. remontu nawierzchni parkingu wykonanego z płyt ażurowych.

W związku z powyższym Zamawiający określił warunek udziału w Postępowaniu proporcjonalnie i właściwie do przedmiotu zamówienia. Zamawiającemu chodziło o remont nawierzchni dróg, a nie o przebudowę drogi. W opisie warunku Zamawiający wskazał, że chodzi o roboty budowlane związane z remontem nawierzchni dróg. W opisie warunku zawarto roboty związane tylko z remontem, nie dopuszczono przebudowy. W związku z tym Wykonawca miał wykazać się doświadczeniem w zakresie remontu nawierzchni dróg.

Zamawiający nie wskazał w SIWZ ani w ogłoszeniu co należy rozumieć pod pojęciem „remont nawierzchni drogi”. W celu ustalenia jakie roboty budowlane mieszczą się w zakresie w/w pojęcia należało odnieść się do Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. 2017 poz. 1332 z póź. zm.) oraz Ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985 r. (tekst jedn.: Dz. U. 2016 poz. 1440 z póź. zm.).

Ustawa Prawo budowlane odmiennie definiuje pojęcie przebudowy i remontu. Zgodnie z art. 3 pkt 7a) i 8) ilekroć w ustawie jest mowa o:

- *przebudowie* - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak; kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;
- *remontcie* - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Tak samo Ustawa o drogach publicznych odmiennie definiuje pojęcie przebudowy drogi i remontu drogi. Zgodnie z art. 4 pkt 18) i 19). Użyte w ustawie określenia oznaczają:

- *przebudowa drogi* - wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego;
- *remont drogi* - wykonywanie robót przywracających pierwotny stan drogi, także przy użyciu wyrobów budowlanych innych niż użyte w stanie pierwotnym.

Zatem pod pojęciem „remont nawierzchni drogi” należy rozumieć: wykonywanie robót przywracających stan nawierzchni drogi, także przy użyciu wyrobów budowlanych inne niż użytych w stanie pierwotnym.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca WŁODAN A. W. Spółka Jawna.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego (dokumentacja Postępowania) oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny sprawy wskazywany przez strony (w szczególności opisany przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołania) jest zgodny z treścią dokumentacji Postępowania.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określony w punkcie 8.2.3.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia brzmiał następująco:

„Zamawiający uzna przedmiotowy warunek za spełniony w odniesieniu do Wykonawców, którzy wykażą że:

8.2.3.1. wykonali nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż:

- dla zadania 1 – 800 000,00 zł brutto każda z robót*
- dla zadania 2 – 800 000,00 zł brutto każda z robót*
- dla zadania 3 – 200 000,00 zł brutto każda z robót*

polegające na wykonaniu robót budowlanych związanych z remontem nawierzchni dróg.”

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wymaga podkreślenia, iż rozumienie warunku udziału w postępowaniu przede wszystkim zależy od jego oczywistego brzmienia, wiążącego zarówno zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu. Dokonywanie innej wykładni treści warunku niż interpretacja językowa musi być uzasadnione występowaniem wątpliwości co do jego znaczenia, tj. w szczególności w sytuacji nieprecyzyjnego określenia warunku w dokumentacji postępowania. Przyjęcie odmiennego poglądu pozostawałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, tj. zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie składu orzekającego warunek udziału w Postępowaniu określony przez Zamawiającego w treści SIWZ (8.2.3.1.) został sformułowany na tyle precyzyjnie, aby móc stwierdzić, iż dotyczył on robót budowlanych polegających na wykonaniu remontu nawierzchni drogi, natomiast nie dotyczył on robót budowlanych polegających na wykonaniu przebudowy nawierzchni drogi. Jakkolwiek, na potrzeby dokonania opisu tego warunku w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przyjęta została przez Zamawiającego konstrukcja „roboty związane z ...”, to uwzględniając taki sposób opisu warunku przebudowę nawierzchni drogi należałoby zakwalifikować jako potwierdzającą spełnienie warunku, gdyby został on opisany jako „roboty związane z przebudową nawierzchni drogi”, a nie „roboty związane z remontem nawierzchni drogi”.

Na marginesie należy dodać, iż sposób rozumienia pojęć „remont” i „przebudowa” nie był pomiędzy stronami sporny – były one rozumiane z uwzględnieniem definicji zawartych w przepisach Prawa budowlanego oraz ustawy o drogach publicznych.

W dalszej kolejności należy stwierdzić, iż argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w treści odwołania mogłaby zostać uwzględniona przez Izbę w przypadku, gdyby odwołanie to zostało złożone wobec czynności określenia przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu. Natomiast na obecnym etapie Postępowania mamy do czynienia z warunkiem udziału w Postępowaniu, który został już ostatecznie określony – w szczególności w związku z upływem terminu składania ofert. Z tego powodu nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, iż przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu w istocie dotyczy innego rodzaju robót budowlanych niż wskazane w punkcie 8.2.3.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co też Odwołujący wywodzi z zakresu opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazać, należy, iż po pierwsze przedmiot zamówienia również został przez Zamawiającego określony jako remont nawierzchni drogi, a nie jej przebudowa. Po drugie wymaga zauważenia, iż Odwołujący wykazuje się niekonsekwencją i brakiem spójności w ramach prezentowanego stanowiska w sprawie. Jeżeli bowiem faktycznie uważa, iż przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu należy interpretować jako roboty budowlane polegające na przebudowie nawierzchni drogi, to druga robota jaka została przez niego zawarta w wykazie robót budowlanych złożonym Zamawiającemu również powinna dotyczyć przebudowy nawierzchni drogi, a jednak była to robota polegająca na remoncie nawierzchni drogi.

Jak zostało to wskazane na wstępie, dokonywanie wykładni warunku udziału w postępowaniu nie może oznaczać ustalania treści tego warunku w sposób sprzeczny z jego literalnym brzmieniem. Także stosowanie zasady, zgodnie z którą wątpliwości co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy ma swoje ograniczenia wyrażające się przede wszystkim w konieczności wzięcia pod uwagę interesów innych wykonawców (w tym przypadku tych, którzy nie wzięli udziału w Postępowaniu w związku z brzmieniem przedmiotowego warunku określonego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Ponadto, zasadę tę można stosować wyłącznie w sytuacji występowania istotnych wątpliwości uzasadniających posłużenie się ww. regułą interpretacyjną. W ocenie Izby w stanie faktycznej niniejszej sprawy takie wątpliwości nie występowały.

Na marginesie wymaga zauważenia, iż Odwołujący nie wykazał należytej dbałości o swoje interesy – nie składając odwołania na czynność określenia warunków udziału w Postępowaniu, a w szczególności nie zwracając się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na podstawie art. 38 ustawy Pzp.

Mając na uwadze ww. okoliczności, Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wykluczając Odwołującego z Postępowania, jak i nie uwzględniając złożonych przez niego wyjaśnień, i w konsekwencji powyższego uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: