

WYROK
z dnia 26 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **U. S.A., ul. (...); P. D. M. „M.” Sp. z o.o., ul. (...); P. R. D. –M. „T.” Sp. z o.o., ul. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **P. Zarząd Dróg Wojewódzkich w B., ul. (...)**

przy udziale wykonawcy: **P. R. I.-B. E.-P. Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: U. S.A., ul.(...); P. D. M. „M.” Sp. z o.o., ul. (...); P. R. D.-M. „T.” Sp. z o.o., ul. (...), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: U. S.A., ul.(...) ; P. D. M. „M.” Sp. z o.o. ul.(...); P. R. D.-M. „T.” Sp. z o.o., ul.(...) – tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: U. S.A., ul.(...); P. D. M. „M.” Sp. z o.o., ul. (...) ; P. R. D.-M. „T.” Sp. z o.o., ul. (...) na rzecz zamawiającego: P. Zarząd Dróg Wojewódzkich w B., ul. (...) kwotę **4 025 zł 60 gr** (słownie: cztery tysiące dwadzieścia pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) i dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby (425,60 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – P. Zarząd Dróg Wojewódzkich w B. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku C. – O.”, nr sprawy: ..., na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 września 2016 r., nr ...

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: U. S.A.; P. D. M. „M.” Sp. z o.o.; P. R. D.-M. „T.” Sp. z o.o. – wniósł w trybie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołanie od czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego – polegających na:

- a) wyborze oferty firmy P. R. I.-B. E.-PRIBEX sp. z o.o. w W. (dalej jako: „P.”, „firma P.” lub w odpowiednim kontekście: „Wykonawca”);
- b) zawiadomieniu o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnieniu czynności oceny ofert oraz zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty po dokonaniu czynności ponownej oceny ofert z dnia 25 maja 2017 r. – to jest o wyborze oferty firmy P.;
- c) niezgodnym z obowiązującymi przepisami prawa – ustawy Pzp oraz opisami SIWZ dokonaniu oceny oferty firmy P. w świetle stawianych zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji skutkowało nieuprawnionym wyborem oferty złożonej przez P. jako najkorzystniejszej oraz sklasyfikowaniem oferty Odwołującego na drugim miejscu w rankingu ofert, pomimo że oferta Odwołującego w świetle treści SIWZ i przepisów prawa powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

III. Zarzuty

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. art. 91 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji udzielenie zamówienia firmie P. wybranej niezgodnie z

przepisami ustawy, tj. Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu; w uzasadnionej ocenie Odwołującego P. powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana za odrzuconą (w świetle niżej wskazanych zarzutów);

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24. ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 – przez ich niezastosowanie, przejawiające się brakiem wykluczenia z postępowania firmy P., pomimo że Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą z uwagi na nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ;
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 (ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) – przez jego niezastosowanie, podczas gdy firma P. wprowadziła Zamawiającego w błąd (celowo lub przez rażące niedbalstwo) przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ, podczas gdy z treści dokumentów przedstawianych przez firmę P. jak i tych znajdujących się w aktach sprawy wynika, że Wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą nie przedstawił prawdziwych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 25a ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 – przez:
 - a) nieprawidłową ocenę złożonych przez P. dokumentów oraz wyjaśnień i zaniechanie, podczas gdy P. powinien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem według przedłożonego JEDZ i złożonych dokumentów oraz wyjaśnień nie wykazał rzeczywistego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogów stawianych w części V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ;
 - b) bezzasadne przyjęcie przez Zamawiającego, że P. przedstawił dokumenty wystarczające i nie budzące wątpliwości w zakresie, a więc uprawniające do uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu określone w części V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ;
5. art. 92 ust. 1 – przez brak zastosowania, polegającego na zaniechaniu podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego podjęcia decyzji, podczas gdy Zamawiający zobligowany jest do wypełnienia obowiązku wynikającego z ww. normy prawa jako normy o charakterze obligatoryjnym.

IV. Wnioski. Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty firmy P. jako najkorzystniejszej,

- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert, a następnie – wykluczenie wykonawcy P. z udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 (wł. 16 ew. 17) w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp,
- 4) nakazane Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert oraz spełniającej wszystkie stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, ponadto Odwołujący żądał:
- 5) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów poniesionych z tytułu uiszczonoego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych.

Uzasadnienie odwołania (skrót).

Zamawiający dokonał pierwotnie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 517/17, dokonał powtórnej oceny ofert.

Pismem z dnia 25 maja 2017 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, unieważnieniu czynności oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, po dokonaniu czynności ponownej oceny ofert. Wybrał ofertę firmy P. przyznając 100 pkt. Na drugim miejscu według klasyfikacji punktowej ofert znalazła się oferta Odwołującego, według kryteriów oceny ofert Odwołujący uzyskał 99,01 pkt.

Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanego wyboru, pomimo ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 1 Pzp.

Przed dokonaniem wyborem oferty P. i ww. zawiadomieniem, Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2017 r. wezwał firmę P. do złożenia na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, jak również do wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp kwestii związanych z przekazaniem przez P. na podstawie formularza JEDZ doświadczeniem technicznym i zawodowym.

W odpowiedzi na powyższe, P. prócz przedłożenia dokumentów stwierdził, że w jego ocenie podane w formularzu JEDZ doświadczenie spełnia warunki udziału w postępowaniu zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ, wskazując na definicję drogi określoną w ustawie o drogach publicznych.

P. wskazał, cyt. *„Wykonawca w zakresie pierwszego wykazywanego zadania oświadcza i potwierdza, iż zadanie pn.: „Uzbrojenie P. Strefy Gospodarczej - Podstrefa C. 1 (etap I) polegało na wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie dróg powiatowych - publicznych klasy G będących w zakresie dróg powiatowych, dla których*

przyjęta była kategoria ruchu dla nawierzchni asfaltobetonowych KR7. (...) Wykonawca w zakresie drugiego wykazywanego zadania oświadcza i potwierdza, iż w zakresie zadania pn.: „Kontynuacja robót związanych z budową nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze L. C. obejmujących wiadukt drogowy w km 112,611; wiadukt drogowy w km ...; wiadukt drogowy w km ...: wiadukt drogowy w km ... - przetarg 2Ea - realizowane w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej ... na odcinku W. – G. - obszar L.C. ...” wykonywana była droga klasy G oraz droga klasy Z, w kategorii dróg wojewódzkich oraz powiatowych, dla których przyjęta była kategoria ruchu dla nawierzchni asfaltobetonowych KR4”.

W oświadczeniu P. poinformował, że wartość robót również odpowiada wymogom SIWZ, pierwsze zadanie wykonane zostało za kwotę 30 260 213,00 zł brutto, drugie za kwotę 33 571 570,44 zł brutto.

Odwołujący podkreślił, że jednym z warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ (strona 19 SIWZ), było posiadanie cyt. „3) Zdolności technicznej lub zawodowej: 1) Posiadanego doświadczenia zawodowego.

W zakresie spełnienia warunku wymagane jest wykazanie:

Wykazanie się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - min. 2 zadań wykonanych (zakończonych), tj. doprowadzonych przez Wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, polegających na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 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.) klasy min. Z o wartości (każde) min. 30 000 000 PLN (brutto) z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informację o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Zamawiający informuje, że dla potrzeb spełniania warunków opisanych powyżej, jeżeli wartości zostaną podane w walutach innych niż zł, Zamawiający w celu przeliczenia waluty na zł/PLN przyjmie średni kurs zł do tej waluty podawany przez NBP na dzień wszczęcia niniejszego postępowania.”

Odwołujący wskazał ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r., poz. 290) oraz wydane na jej podstawie rozporządzenie 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 2016 r., poz. 124) (dalej również jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia:

1. W celu określenia wymagań technicznych i użytkowych wprowadza się następujące klasy dróg oraz ich hierarchię, zaczynając od drogi o najwyższych parametrach:

- 1) autostrady, oznaczone dalej symbolem "A";*
- 2) ekspresowe, oznaczone dalej symbolem "S";*
- 3) główne ruchu przyspieszonego, oznaczone dalej symbolem "GP"*
- 4) główne, oznaczone dalej symbolem "G";*
- 5) zbiorcze, oznaczone dalej symbolem "Z";*
- 6) lokalne, oznaczone dalej symbolem "L";*
- 7) dojazdowe, oznaczone dalej symbolem "D".*

W świetle powyższego, zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu i cytowanych wyżej przepisów, dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, należało wykazać się doświadczeniem w budowie/rozbudowie/przebudowie drogi publicznej o klasie A, S, GP, G lub minimum Z, a wartość takich robót drogowych nie mogła być niższa niż 30 000 000,00 zł brutto. Okres realizacji zadania nie był kwestionowany w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego, bez wątplenia doszło w postępowaniu do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Zgodnie ze wskazanymi normami, Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przepis ust. 3 art. 7 Pzp wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający nie tylko dokonał wyboru oferty Wykonawcy i udzielił firmie P. zamówienia pozostając w sprzeczności z obowiązującymi przepisami jak i warunkami udziału w postępowaniu, ale ponadto naruszył podstawową zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania takich samych podmiotów w takich samych okolicznościach prawnych i faktycznych.

Firma P. w świetle przedłożonych dokumentów – zarówno posiadanych przez Zamawiającego, jak i Odwołującego, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana za odrzuconą, nie tylko w świetle przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12, ale ponadto w świetle przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (ewentualnie w świetle przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). Wyrok z 29 marca 2017 r., sygn. akt KIO 470/17.

Do naruszenia ww. zasady doszło więc w momencie wyboru oferty firmy P., mimo że Wykonawca nie spełniał i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyrokach: z 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 597/14; z 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17; z 21 marca 2017 r., sygn. akt KIO 463/17; z 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 348/17.

Zamawiający dopuścił się naruszenia w postępowaniu ww. przepisów przez ich niezastosowanie, tj. brak wykluczenia Wykonawcy P. z udziału w postępowaniu, podczas gdy bezsprzecznie Wykonawca ten nie spełnia stawianych warunków, a tym samym jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą.

W świetle ww. informacji, doświadczenie – zdolność techniczna i zawodowa wskazywana przez firmę P. – nie tylko nie spełnia wymogu Zamawiającego określonego zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) (strona 19 SIWZ), zarówno co do przedmiotu zadania (budowa/przebudowa/rozbudowa drogi publicznej), wartości zadania związanego z taką budową/przebudową lub rozbudową drogi, jak również (i przede wszystkim) odnośnie żądanej klasy drogi, gdzie jako klasę minimalną przyjęto oznaczoną symbolem „Z”.

Wbrew celowym twierdzeniom firmy P. realizowana przez niego inwestycja pn. „*Uzbrojenie P. Strefy Gospodarczej - Podstrefa C. 1 (etap 1)*” dowodzi wykonania przez tego Wykonawcę robót drogowych o wartości jedynie 12 525 868,25 zł (jak wskazał sam Zamawiający dla tej Inwestycji – Starostwo Powiatowe w P.), a nie jak chciał Zamawiający – o wartości minimum 30 000 000,00 zł brutto. Ponadto klasa drogi wskazywana przez P. jest w rzeczywistości klasą L, a więc drogą poniżej progu żądań stawianych przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że treść wymagań w postępowaniu została określona w sposób kategoriowy i niepozostawiający żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Sam warunek udziału w postępowaniu odsyła do ww. rozporządzenia, w tym do treści § 4 ust. 1 rozporządzenia, a wskazywanie, że parametry danej drogi mogłyby odpowiadać parametrom drogi wyższej klasy pozostaje bez znaczenia, skoro dalej dana droga zrealizowana w ramach inwestycji pn. „*Uzbrojenie P. Strefy Gospodarczej - Podstrefa C. 1 (etap 1)*” pozostaje jedynie drogą klasy L.

Tak samo, nie do przyjęcia jest pogląd, że wartość robót drogowych w ramach ww. uzbrojenia jest identyczna w stosunku do wartości całej inwestycji. W związku z opisem przedmiotu zamówienia, a w ślad za stawianymi warunkami udziału w postępowaniu, trudno przyjąć, że wykonanie „*szczelnego modułowego zbiornika retencyjnego*” stanowi równoważne doświadczenie Wykonawcy jak budowa/przebudowa lub rozbudowa drogi publicznej klasy min. Z o wartości 30 000 000,00 zł brutto.

P. błędnie podał kategorię ruchu drogi (KR), zamiast wartości KR6 podał wartość KR7.

Stanowisko Odwołującego znalazło potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. z 9 stycznia 2013 r., sygn., akt KIO 2791/12; z 27 maja 2015 r., sygn. akt 975/15; z 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 589/15.

Gdyby Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu uprawiający do legitymowania się doświadczeniem w budowie inwestycji o wartości minimum 30 000 000,00 zł w ramach, której wykonawca by wybudował/przebudował lub rozbudował drogę publiczną o klasie min. Z lub o tożsamyach do klasy Z parametrach (lub wyższych), to warunek ten brzmiałby zupełnie inaczej niż to wskazuje literalne brzmienie części/rozdziału V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) (strona 19 SIWZ).

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje – warunki jasne i klarowne, nie mogą być interpretowana w sposób odmienny, niż chciał sam Zamawiający, co też znalazło swoje odzwierciedlenie w przejrzystych i niebudzących wątpliwości warunkach SIWZ.

Podobna sytuacja dotyczy drugiego doświadczenia przedstawionego przez P., gdzie wartość robót drogowych w ramach zadania, którego nadrzędnym i przeważającym przedmiotem jest budowa obiektów kolejowych, a nie drogowych – jak wskazuje również sama nazwa: *„Kontynuacja robót związanych z budową nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze L. C. obejmujących wiadukt drogowy w km ...; wiadukt drogowy w km ... wiadukt drogowy w km ...: wiadukt drogowy w km ... - przetarg 2Ea - realizowane w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej ... na odcinku W. – G. - obszar L. C. ...”*.

Odwołujący podkreślił, że sam P. wskazuje, że niektóre roboty drogowe, których wartość stanowi jedynie element łącznej wartości inwestycji 33 571 570,44 zł brutto, a ponadto w ich ramach wybudowano drogi klasy „L”, „D” – a więc są to drogi niespełniające wymagań zamawiającego w ww. postępowaniu. – odpowiedź firmy P. z dnia 12 maja 2017 r. nr 12/05.2017 wraz z wyciągiem załączników do pisma (w tym poświadczeniami wykonania robót). Wyrok z 16 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 249/17.

Odwołujący stwierdził, że w świetle złożonego oświadczenia – zgodnie z treścią pisma z dnia 12 maja 2017 r, nr 12/05/2017 i potwierdzonym kategorycznie przez P. rzekomym faktem spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w ww. zakresie.

Przez stwierdzenie, cyt. *„Wykonawca w zakresie pierwszego wykazywanego zadania oświadcza i potwierdza, iż zadanie pn.: „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej – Podstrefa C. 1 (etap I) polegało na wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie dróg powiatowych – publicznych klasy G będących w zakresie dróg powiatowych, dla których przyjęta była kategoria ruchu dla nawierzchni asfaltobetonowych KR7. (...) Wykonawca w zakresie drugiego wykazywanego zadania oświadcza i potwierdza, iż w zakresie zadania pn.: „Kontynuacją robót związanych z budowa nowych skrzyżowań*

dwupoziomowych w obszarze L. C. obejmujących wiadukt drogowy w km 112,611; wiadukt drogowy w km ...: wiadukt drogowy w km ..; wiadukt drogowy w km ... - przetarg 2Ea - realizowane w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej ... na odcinku W. – G. - obszar L. C ...” wykonywana była droga klasy G oraz droga klasy Z. w kategorii dróg wojewódzkich oraz powiatowych, dla których przyjęta była kategoria ruchu dla nawierzchni asfaltobetonowych KR4”, Wykonawca wykreował nieprawdziwe przeświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Wyżej już podane dokumenty jednoznacznie i bez żadnych wątpliwości wskazują, że P. nie spełnia w żadnym żądanym zakresie warunków udziału w postępowaniu. Celowo przekazuje informacje niepełne, tak by stworzyć złudne przeświadczenie o prawidłowości przekazywanych danych.

Odwołujący poddał w wątpliwość treść złożonego poświadczenia w zakresie wykonania robót budowlanych pn. „Uzbrojenie P. Strefy Gospodarczej - Podstrefa C. 1 (etap I)”. Treść poświadczenia wydaje się być niepełna, bowiem żadna z wartości robót nie została wskazana, pomimo że sformułowania ukierunkowują na podanie odpowiedniej wartości, która to wartość nie jest jednak wskazywana.

Dodał, że P. minął się z prawdą również w zapewnieniu, że w ramach wykonania robót dotyczących ww. uzbrojenia terenu wybudował drogę klasy G (w rzeczywistości – drogę klasy L), zaś w odniesieniu ww. modernizacji robót (drogę klasy nie tylko G i Z, ale również L i D – wszystkie o wartości i klasie niższej niż zakładana przez Zamawiającego w postępowaniu).

Jak wskazał wyżej, droga o klasie L pozostaje tą drogą w omawianej klasie, a warunek Zamawiającego w tym zakresie rozwiewa wszelkie wątpliwości. Podobnie błędnie podano wartość KR – zamiast KR7 winno być KR6.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Podobnie – przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – wykluczenie następuje również w przypadku, gdy wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Złożone przez firmę P. nieprawdziwe informacje były celowym (jak wskazuje kategorię treść pisma P. z dnia 12 maja 2017 r. nr ... lub co najmniej lekkomyślnym/niedbałym działaniem, podjętym prawdopodobnie z zamiarem wprowadzenia w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia. Ponadto takie zachowanie miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty P. jako najkorzystniejszej. Wyrok z 15 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2653/15.

Zamawiający naruszył ww. przepisy przez nieprawidłową ocenę złożonych przez P. dokumentów oraz wyjaśnień i zaniechanie wykluczenia tegoż Wykonawcy z postępowania. Bez żadnych wątpliwości P. powinien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem według przedłożonego JEDZ i złożonych dokumentów oraz wyjaśnień nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogów stawianych w części V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ. Przez swoje działanie wprowadził Zamawiającego w błąd, a wręcz utwierdził Zamawiającego w błędnym przekonaniu. Przepis został naruszony również przez przyjęcie przez Zamawiającego, że Wykonawca przedstawił dokumenty wystarczające do uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu określone w części V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ, pomimo że inne istniejącego w sprawie dokumenty świadczą o konieczności przyjęcia odmiennego wniosku. Wyrok z 9 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2217/16 i KIO 2221/16.

Oświadczenie P. nie może być interpretowane w taki sposób by doprowadzić do rzekomego spełnienia wymogu SIWZ w zakresie części V pkt 2 ppkt 3 tiret 1).

Odwołujący uznał za kluczowe i rozstrzygające stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 11 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2594/15, KIO 2601/15. W związku z tym, szereg przedstawionych w sprawie dokumentów – i to wystawionych przez Zamawiających lub zarządców dróg, gdzie P. wykonywał właściwe roboty budowlane (a więc oświadczeń Zamawiających z założenia bezstronnych) – świadczy o tym, że firma P. w żadnym wymaganym zakresie nie spełniła warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący podkreślił za orzecznictwem KIO, że Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować wszystkich składanych przez wykonawcę oświadczeń, tym bardziej jeśli istnieją uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości formułowanych twierdzeń.

Stwierdził, że P. przedstawił dokumenty, które pozostają w całkowitej sprzeczności z rzeczywistym stanem faktycznym, a ponadto potwierdzone zostały innymi, niezależnymi dokumentami – wyroki z 20 maja 2015 r., sygn. akt KIO 982/15; z 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 205/17, KIO 206/17.

W postępowaniu ponownie doszło do naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanego wyboru.

Powyższe stoi również w sprzeczności z wydanym już uprzednio i wspomnianym wyrokiem z 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 517/17.

Do chwili obecnej Zamawiający nie zastosował się do wytycznych przekazanych mu przez Izbę w tożsamej sprawie. Odwołujący może jedynie domniemywać co legło u podstaw

takiego, a nie innego przyznania liczby punktów – zarówno samemu Odwołującemu, jak i firmie P. Niezbędne do złożenia odwołania jest zrozumienie toku postępowania Zamawiającego w ramach postępowania. Wyroki: z 12 września 2016 r., sygn. akt KIO 1596/16, KIO 1604/16; z 17 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1117/15.

Dowody wskazane w uzasadnieniu odwołania:

1. zawiadomienie z dnia 25 maja 2017 r., nr WZP.2510.5.2016;
2. wezwanie P. z dnia 5 maja 2017 r.;
3. wyjaśnienia firmy P. z dnia 12 maja 2017 r. wraz z wyciągiem załączników;
4. SIWZ;
5. 1) pismo kierowane przez Zamawiającego do Powiatowego Zarządu Dróg w Przasnyszu z dnia 16 maja 2017 r., nr ...; 2) odpowiedź Powiatowego Zarządu Dróg w P. z dnia 18 maja 2017 r.; 3) pismo z dnia 11 maja 2017 r. nr ONM431.18.2.2017 kierowane do przedstawiciela Odwołującego w spr. odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej w ramach inwestycji prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Uzbrojenie P. Strefy Gospodarczej - Podstrefa C. 1 (etap 1)”; 4) wyciąg z projektu dla Inwestycji – „Uzbrojenie P. Strefy Gospodarczej - Podstrefa C. 1 (etap 1)” wskazujący klasę drogi stanowiącej przedmiot zamówienia;
6. poświadczenie wykonania robót budowlanych „Uzbrojenia P. Strefy Gospodarczej - Podstrefa C. 1 (etap I)” – załącznik do pisma P. z dnia 12 maja 2017 r. nr 12/05/2017.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, uznając zarzuty Odwołującego jako niezasadne, podlegające oddaleniu, a nadto wniósł o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z wystawioną fakturą.

W uzasadnieniu pisma wskazał: Odwołujący formułuje szereg zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp przy podjęciu przez Zamawiającego zaskarżonych czynności. Zarzuty te są całkowicie bezzasadne.

Najistotniejszym z zarzutów stawianych przez Odwołującego, jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 Pzp (wł. ust. 1 pkt 1 i 2) przez ich niezastosowanie przejawiające się brakiem wykluczenia oferty wybranego Wykonawcy, pomimo tego że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym wybrany Wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do twierdzenia, że Wykonawca, którego oferta została wybrana nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – posiadanego doświadczenia zawodowego.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ – punkt V.2 ppkt 3 tiret 1) Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali minimalne doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - min. 2 zadań wykonanych (zakończonych), tj. doprowadzonych przez Wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, polegających na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 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.) klasy min. Z o wartości (każde) min. 30 000 000 PLN (brutto). Zamawiający nie ustanowił jednak żadnych dodatkowych wymogów co do zrealizowanych zadań, w tym w szczególności nie doprecyzował, że zrealizowane zadania miałyby polegać wyłącznie na budowie drogi publicznej, ani nie określił, jaką część zrealizowanego zadania miała stanowić budowa drogi.

Oczywistym jest, że jakiegokolwiek zadania polegające na budowie dróg wiążą się nie tylko z budową pasa drogowego, ale również obiektów towarzyszących takich jak zjazdy, zbiorniki odwadniające, miejsca postojowe, zatoki itp. Jeżeli Zamawiający nie precyzuje w warunkach postępowania, że w ramach wykonanego zadania stanowiącego potwierdzenie doświadczenia wykonawcy, prace polegające stricte na budowie pasa drogowego miałyby stanowić określoną (np. procentowo) część zadania, to nie sposób jest na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, stosować rozszerzającej wykładni SIWZ czy też domniemywać dodatkowych warunków w tym zakresie.

Uznał, że w tym kontekście twierdzenia odwołania kwestionujące doświadczenie Wykonawcy P. sp. z o.o., należy uznać za nieuzasadnione. Odnośnie pierwszego z zadań wskazanych przez Wykonawcę (uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej) podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, zarówno wartość zadania, jak i klasa wybudowanej drogi odpowiada wymogom SIWZ. Odwołujący odniósł się wyłącznie do samej nazwy zadania nie biorąc pod uwagę wymagań stawianych przez Zamawiającego w V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ. W tym konkretnym przypadku Zamawiający wymagał spełnienia warunków (merytorycznych) postawionych w treści SIWZ, przez co należy uznać, że ww. warunki zostały spełnione, tj. wartość zamówienia wynosiła min. 30 000 000 zł (brutto) oraz wybudowano odcinek drogi klasy min. Z. Ponownie zauważył, że przy przebudowie dróg wraz z infrastrukturą towarzyszącą, roboty drogowe (w większości przypadków) nie stanowią 100% wartości zamówienia. W tym konkretnym przypadku należy wziąć pod uwagę, że budowa odcinka drogi o długości około 4,5 km była związana z wykonaniem niezbędnej infrastruktury do obsługi tej drogi po terenie nieuzbrojonym. Tym samym wykonano między innymi kanalizację sanitarną, branżę elektryczną, branżę telekomunikacyjną oraz branżę

kolejową. Zatem, w zakresie wartości, jak wskazano wyżej, Zamawiający nie miał podstawy do wydzielania z całości zadania o określonej wartości, części zadania polegającej na budowie pasa drogowego i przyjęcia jedynie wartości tej części przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego takie działanie stanowiłoby nieuprawnioną rozszerzającą interpretację SIWZ w sytuacji, gdy wymóg SIWZ nie precyzuje tej kwestii.

Wskazał, że w zakresie klasy wybudowanej drogi należy odwołać się natomiast do parametrów w jakich droga w rzeczywistości została wybudowana. Z pisma Inwestora z dnia 18 maja 2017 r. otrzymanego przez Zamawiającego wynika, że droga w ramach zadania została wybudowana w parametrach technicznych dla klasy G. Odcinek drogi został dopuszczony do użytku, jednakże do czasu wybudowania kolejnych odcinków klasa drogi nie została zmieniona i pozostała dotychczasowa klasa drogi, tj. L. Po wybudowaniu całości drogi klasa zostanie zmieniona na klasę G. Nie zmienia to jednak faktu, że odcinek (niezależnie od obecnego sposobu eksploatacji) został wybudowany w standardzie drogi G i spełnia wszelkie wymogi tej klasy określone w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 124), do którego odwołuje się SIWZ.

Drugie z zadań wskazane przez Wykonawcę P. sp. z o.o., w ocenie Zamawiającego, również spełnia wymogi stawiane w SIWZ. W tym kontekście podtrzymał w całości argumentację przytoczoną w kontekście pierwszego z zadań. Również w przypadku tej inwestycji Zamawiający nie miał podstawy do wydzielania z całości zadania części dotyczącej budowy pasa drogowego na potrzeby oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał w postępowaniu spełnienia warunków (merytorycznych) postawionych w treści SIWZ, przez co należy uznać, że ww. warunki zostały spełnione tj. wartość zamówienia wynosiła min. 30 000 000 zł (brutto) oraz wybudowano odcinek drogi klasy min. Z. Zwrócił uwagę na fakt, że budowa skrzyżowania dwupoziomowego w ciągu drogi publicznej wymagała wykonania nie tylko samego wiaduktu nad linią kolejową, ale również odcinków dróg publicznych.

Wskazał, że podobnie w kontekście klasy drogi należało w ocenie Zamawiającego brać pod uwagę fakt, czy parametry techniczne drogi, która została wybudowana odpowiadają klasie określonej w SIWZ, a nie klasę jaka została drodze nadana w chwili obecnej. Zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia, że wykonawca nie wykonał w ramach drugiego z zadań dróg o parametrach dla klasy G oraz Z. Wymóg SIWZ odnośnie doświadczenia Wykonawcy nie dotyczył klasy jaka została nadana wybudowanej drodze, ale klasy w jakiej droga została wybudowana.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności oraz argumentację, Zamawiający uznał za bezzasadne także pozostałe zarzuty odwołania, w tym w szczególności zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z 91 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania i udzielenie zamówienia wykonawcy, wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, tj. niespełniającemu warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na przytoczone okoliczności wskazujące na spełnienie przez Wykonawcę P. sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu, zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący formułuje także zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 25a ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez wybranego wykonawcę dokumentów i wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przez bezzasadne przyjęcie, że wykonawca przedstawił dokumenty wystarczające i nie budzące wątpliwości co do uznania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także art. 24 ust. 1 pkt 16 (ew. pkt 17) Pzp przez jego niezastosowanie i brak wykluczenia wybranego wykonawcy pomimo sytuacji, że wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu (celowo lub przez rażące niedbalstwo). Zarzuty te są bezpodstawne. Zamawiający podkreślił, że w oparciu o przepis art. 26 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawcę do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie zadań wskazanych na potwierdzenia doświadczenia wykonawcy. W piśmie z dnia 12 maja 2017 r. Wykonawca przedłożył stosowne dokumenty oraz złożył wyjaśnienia, które zostały uznane przez Zamawiającego za satysfakcjonujące. Wyjaśnienia te były zgodne z załączonymi dokumentami, w tym elementami dokumentacji technicznej przedmiotowych zadań, jak również z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego (pismo Powiatowego Zarządu Dróg w P. z dnia 18 maja 2017 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, wskazał brak podstaw do twierdzenia, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia, a tym samym podał (celowo lub przez rażące niedbalstwo) nieprawdziwe informacje, co miałyby skutkować wykluczeniem z postępowania. Ocena przedłożonych wyjaśnień i dokumentów była rzetelna i wyczerpująca, a w stanie faktycznym postępowania brak było podstaw do stwierdzeń przeciwnych, skutkujących wykluczeniem Wykonawcy P. Sp. z o.o.

Finalnie wskazał, że bezpodstawny jest także zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 przez brak jego zastosowania i zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętych decyzji, tj. dokonanego wyboru wykonawcy. Z uzasadnienia odwołania wynika, że zarzut ten dotyczy czynności oceny ofert, w tym punktacji przyznanej poszczególnym ofertom. Podkreślił, że kwestia punktacji oferty Wykonawcy P. sp. z o.o. była przedmiotem

rozstrzygnięcia KIO w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 517/17. Zamawiający przy ocenie ofert był zatem związany prawomocnym orzeczeniem. W tym kontekście trudno jest formułować względem Zamawiającego zarzuty odnośnie sposobu uzasadnienia przyznanej punktacji, tym bardziej, że sentencja przywołanego orzeczenia KIO wprost wskazywała, jaka wysokość punktacji winna być przyznana Wykonawcy.

Niezależnie od powyższego podkreślił, że wszelkie informacje wymagane treścią art. 92 ust. 1 zostały zawarte w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Natomiast, uzasadnienie dokonanej oceny punktowej oferty Odwołującego, znajduje się w protokole z postępowania, sporządzonym zgodnie z art. 96 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, wniósł jak na wstępie.

Wykonawca – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych E.-P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu zgłoszenia wskazał: odwołanie jest bezzasadne z uwagi na fakt, że Zamawiający prawidłowo i zgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonał wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Przystępujący również wskazał, że zarzuty Odwołującego nie dość, że są niezasadne, to również są spóźnione – kwestia prawidłowości oferty Przystępującego była, względnie winna była być, przedmiotem rozpoznania w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, która w dniu 5 kwietnia 2017 r. w sprawie KIO 517/17 wydała wyrok. Z tego też względu i w takim też zakresie zachodzą wobec wywiezionego przez Odwołującego odwołania przesłanki do jego odrzucenia wynikające z dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 oraz 4 Pzp.

Odwołujący brał przy tym udział w powyższym postępowaniu przed KIO i pomimo wydania wyroku nakazującego Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego i powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Przystępującego oraz z uwzględnieniem faktu przyznania 30 punktów ofercie Przystępującego, nie zdecydował się zaskarżyć powyższego orzeczenia KIO, a zatem orzeczenie to korzysta z powagi rzeczy osądzonej.

Brak podniesienia w tamtym postępowaniu zarzutów wskazanych obecnie w treści odwołania Odwołującego, doprowadził już do utraty możliwości podnoszenia takich zarzutów w zakresie wniosku o wykluczenie Przystępującego i odrzucenie jego oferty, właśnie z uwagi na powagę rzeczy osądzonej i wynikający z niej brak możliwości zgłaszania wniosków o treści jak w odwołaniu.

Wnoszenie przy tym zarzutów przez Odwołującego odnośnie sposobu redakcji SIWZ przez Zamawiającego w postępowaniu nie znajduje podstaw, jest ono również spóźnione.

Przystępujący składając ofertę wypełnił wymogi SIWZ uprawniające go do wzięcia udziału w postępowaniu, a przeciwne rozważania Odwołującego stanowią w istocie czynności kwestionujące treść SIWZ, co również na obecnym etapie jest już spóźnione.

Prawdziwość oświadczeń Przystępującego wynika przy tym chociażby z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania oraz takich dokumentów załączonych do odwołania.

Przystępujący już w tym miejscu wskazał, że dla zadania „*Uzbrojenie P. Strefy Gospodarczej - Podstrefa C. 1 (etap I)*” – w zakresie kategorii ruchu wykonanej nawierzchni - KR 7 (a nie KR 6 jak wywodzi to bezzasadnie Odwołujący) wykonanej w ramach ww. zadania, potwierdzenie wynika z dokumentu poświadczenia wykonania robót budowlanych (k. 36 i 37 odwołania).

Przystępujący pobocznie wskazał, że w toku wykonywania robót została wprowadzona zmiana projektowa, dodatkowo polepszająca nośność nawierzchni, a w konsekwencji kategorię ruchu nawierzchni w ramach ww. zadania.

W zakresie zaś klasy wykonanej drogi – klasa wykonanej nawierzchni (a nie aktualny sposób jej użytkowania) wynika z pisma Powiatowego Zarządu Dróg w P. do Zamawiającego – Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w B. z dnia 18 maja 2017 r. (k. 96 odwołania).

Przystępujący dodatkowo wskazał, że niezależnie od innych okoliczności, twierdzenia Odwołującego w zakresie klasy ww. drogi są jawnie sprzeczne z przepisami prawa. Powyższa nowo wybudowana w ramach zadania droga jest bowiem drogą powiatową – powstałą na podstawie uchwał rady powiatu oraz pozostającą w zarządzie powiatu. Zgodnie zaś z dyspozycją § 4 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, nowo wybudowana droga powiatowa musi spełniać wymogi klasy GP, G lub Z. Wykonana przez Przystępującego nawierzchnia spełnia wymogi drogi klasy G i tak będzie po zakończeniu całości inwestycji wykorzystywana (co wynika z przywołanego pisma – k. 96 odwołania).

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdził że przedstawione przez Odwołującego zarzuty należy uznać za spóźnione, chybione i bezzasadne. W konsekwencji, Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania, a w braku podstaw dla powyższego o oddalenie odwołania w całości.

Wniósł o dołączenie do akt postępowania akt KIO 517/17 oraz o przeprowadzenie dowodów w szczególności z wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. oraz z dokumentów opisanych w treści niniejszego pisma – załączników do odwołania Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Odwołujący spełnia przesłanki legitymujące go do wniesienia odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – wykazał zainteresowanie uzyskaniem zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych E-P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., w wyniku skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Izba nie podzieliła stanowiska uczestnika postępowania odwoławczego i nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp – m.in. *„Kwestia prawidłowości oferty Przystępującego była, względnie winna była być, przedmiotem rozpoznania w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, która w dniu 5 kwietnia 2017 r. w sprawie KIO 517/17 wydała wyrok”*.

Wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 517/17, Izba zobowiązała zamawiającego do: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności oceny ofert, powtórzenia czynności oceny ofert i przyznania wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych E.-P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. w kryterium (D) Doświadczenie Kierownika Budowy – 20% dodatkowej punktacji.

Zatem, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (obecnego odwołującego), unieważnienie czynności oceny ofert (poprzedzających wybór oferty obecnego odwołującego), powtórzenie czynności oceny ofert i przyznanie wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych E.-P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. w kryterium (D) Doświadczenie Kierownika Budowy – 20% dodatkowej punktacji – stanowiło wykonanie wyroku Izby i w tym zakresie zarzuty odwołania wskazujące w jakikolwiek sposób przedstawione okoliczności, nie podlegają rozpoznaniu w związku z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp (odwołanie w tej części podlega odrzuceniu). Nie podlegają też uwzględnieniu okoliczności związane z kwestionowaniem postanowień SIWZ – na podstawie punktu 3 wskazanego ustępu. Natomiast punkt 4 ustępu nie ma zastosowania.

Uwzględniając powyższe, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w zakresie zarzutów dotyczących: badania i oceny oferty uczestnika postępowania odwoławczego skutkującego wyborem oferty jako najkorzystniejszej, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu – zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia wykonawcy (czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego), uznając, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba zaliczyła w poczet dowodów w sprawie, akta sprawy odwoławczej sygn. akt KIO 517/17 w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia rozpoznawanego odwołania.

II. Przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w SIWZ, stanowi:

III. Opis przedmiotu zamówienia:

1. Wg wspólnego słownika zamówień publicznych zamówienie obejmuje: roboty w zakresie budowy dróg; roboty budowlane w zakresie robót inżynierskich, z wyjątkiem mostów, tuneli, szybów i kolei podziemnej; roboty budowlane i pomocnicze w zakresie linii telefonicznych i ciągów komunikacyjnych; roboty budowlane w zakresie budowy linii energetycznych; roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne; roboty budowlane w zakresie mostów drogowych.

2. Przedmiot zamówienia. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane związane z: „Budową i rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 690 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku C. - O.” przewidziane do wykonania zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną i warunkami określonymi dla Wykonawcy robót, obejmujące m.in.:

2.1 Zakres robót budowlanych na rozbudowywanym odcinku drogi od km 22+700 do km 41+650 obejmujący:

- 1) Wykonanie przebudowy i poszerzenie jezdni drogi wojewódzkiej Nr 690 do szerokości 7,0 m (2 pasy ruchu po 3,5 m i pobocza o szerokości po 1,5 m),
- 2) Korektę łuku poziomego w km 37+390,
- 3) Korektę nienormatywnych łuków poziomych i pionowych,
- 4) Wykonanie ciągu pieszo – rowerowego o nawierzchni bitumicznej szerokości 3,0 m na całym odcinku. Ciąg pieszo – rowerowy zlokalizowany jest poza rowem drogi wojewódzkiej Nr 690: (...),
- 5) Przebudowę i budowę miejsc dostępu do drogi – zjazdów indywidualnych, publicznych,
- 6) Budowę i przebudowę drogowych obiektów inżynierskich: a) Mostów (...),
b) Przepustów (...),
- 7) Budowę i przebudowę zatok autobusowych (16 szt./8 par) (...),
- 8) Budowę chodników dla pieszych w rejonie zatok autobusowych (...),
- 9) Budowę stanowiska dla Wojewódzkiego Inspektoratu Transportu Drogowego do kontroli i ważenia pojazdów (strona prawa w km 22+968 k. Ciechanowca),
- 10) Budowę skrzyżowań z drogami powiatowymi: (...),
- 11) Oświetlenie skrzyżowania typu „rondo” w km 33+965,
- 12) Oświetlenie przejść dla pieszych w km 28+236, 33+940, 33+900, 37+560,

- 13) Rozbudowę systemu odwodnienia poprzez budowę i rozbudowę rowów wraz z przepustami pod zjazdami, budowę kanalizacji deszczowej wraz z urządzeniami odprowadzającymi wody opadowe i roztopowe, zastosowanie ścieków z prefabrykowanych elementów betonowych,
 - 14) Przebudowę i zabezpieczenie sieci i urządzeń infrastruktury technicznej kolidującej z rozbudowywaną drogą: (...),
 - 15) Wycinkę drzew i krzewów.
3. Celem zamówienia jest osiągnięcie wskaźników produktu: długość przebudowanej drogi wojewódzkiej: 18,95 km.

W części V SIWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, wskazując:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy potwierdzą spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego, w zakresie:

1. Nie podlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ustawy.

2. Spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczące:

(...)

3. Zdolności technicznej lub zawodowej:

1. Posiadanego doświadczenia zawodowego

W zakresie spełnienia warunku wymagane jest wykazanie:

Wykazanie się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie - **min. 2 zadań wykonanych (zakończonych)**, tj. doprowadzonych przez Wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, **polegających na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych** (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 1999r., Nr 43, poz. 430 z późn. zm.) **klasy min. Z o wartości (każde) min. 30 000 000 PLN (brutto)** z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informację o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.”

W części IV (omyłkowa numeracja) SIWZ wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, zamawiający wskazał:

I. Wykaz oświadczeń, składanych przez wykonawcę w celu wstępnego potwierdzenia, że nie podlega on wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu:

1. Do oferty, każdy Wykonawca musi dołączyć aktualne oświadczenie w zakresie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V niniejszej SIWZ, w którym zawarte jest również oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Wykonawca składa powyższe oświadczenia w formie Jednolitego Dokumentu sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, tj. Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) – stanowiący załącznik do SIWZ.

(...)

W pkt II części IV SIWZ zamawiający wskazał: *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji):*

(...)

2. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty - Zamawiający nie wymaga złożenia do oferty informacji o robotach budowlanych niewykonanych lub wykonanych nienależycie. Zamawiający wymaga wykazania tylko zamówień niezbędnych dla spełnienia warunku określonego w SIWZ (wg. wzoru przedstawionego przez Zamawiającego na dalszym etapie postępowania).

Uczestnik postępowania odwoławczego złożył z ofertą formularz JEDZ zamieszczając w części IV: Kryteria kwalifikacji, C: Zdolność techniczna i zawodowa, informacje z wyszczególnieniem robót (*mimo braku takiego obowiązku*): 1. Uzbrojenie P. Strefy Gospodarczej – Podstrefa C. 1 (etap I); 2. Kontynuacja robót związanych z budową nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze L. C. obejmujących (...).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 maja 2017 r. do przedłożenia dokumentów (na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) i złożenia wyjaśnień (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy), uczestnik postępowania odwoławczego złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 12 maja 2017 r.) oraz przedłożył:

1) wykaz wykonanych robót: 1. Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej – Podstrefa C. 1 (etap I), wskazując: kategorię dróg – powiatowe; klasę dróg „G”; wartość 30 260 213,00 zł brutto. 2. Kontynuacja robót związanych z budową nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze L. C. 2Ea obejmujących wiadukt drogowy w km 112,611; wiadukt drogowy w km 113,538; wiadukt drogowy w km 119,894; wiadukt drogowy w km 122,431 – przetarg 2Ea – realizowane w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 65/CE 65 na odcinku W. – G.-obszar L. C., ...”, wskazując: kategorię dróg – wojewódzka, drogi powiatowe; klasę dróg „G” oraz „Z”; wartość 33 998 196,05 brutto zł.

2) Poświadczenie wykonania robót budowlanych Starostwa Powiatowego w P., dotyczące roboty wykazanej w wykazie w poz. 1;

dokumenty dotyczące roboty wykazanej w poz. 2 wykazu:

3) Świadectwo przejęcia robót z dnia 29.10.2015 r., projekt 90/117/0017/13/11, z dnia 11.09.2013 r.,

4) Końcowe świadectwo płatności, zakres rzeczowy kwalifikowany 21/12/2005, data zakończenia naliczania 29.11.2017 r.,

5) wyciąg z projektu: stan projektowany; przyjęte warunki techniczne, droga wojewódzka klasy „G”, droga powiatowa klasy „L”, drogi dojazdowe klasy „D”; nawierzchnia; stan projektowany; warunki techniczne dla dróg klasy „Z”, „L”, „D”,

6) wyciąg z umowy Nr 90/117/0017/13/I/I z dnia 11 września 2013 r.

Zamawiający zwrócił się do Powiatowego Zarządu Dróg w P. (pismo z dnia 16 maja 2017 r.) o podanie informacji odnośnie zadania na roboty budowlane pod nazwą „Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej – Podstrefa C. 1 (etap I)”, wykonywanego przez uczestnika postępowania odwoławczego, o treści: jaka była całkowita wartość zamówienia w ramach ww. inwestycji; czy droga wybudowana w ramach zadania w dniu odbioru robót była drogą publiczną w rozumieniu przepisów ustawy o drogach

publicznych i rozporządzenia MTiGM; jakiej klasy droga została wybudowana w ramach zadania ?.

W odpowiedzi z dnia 18 maja 2017 r. Powiatowy Zarząd Dróg w P. udzielił informacji: o całkowitej wartości zamówienia 30 260 213,01 zł brutto oraz, że budowana droga ma parametry techniczne jak dla klasy „G”, klasyfikacja drogi zostanie zmieniona po zakończeniu inwestycji w pełnym zakresie (z „L” na „G”) .

III. Oceniając zarzuty przedstawione w odwołaniu na podstawie postępowania dowodowego przeprowadzonego na rozprawie, Izba uznała.

1. Zarzut zaniechania:

1) wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania o udzielenie zamówienia, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia wykonawcy); który wprowadził zamawiającego w błąd (celowo lub przez rażące niedbalstwo) przedstawiając informacje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ, podczas gdy z treści przestawianych przez firmę P. dokumentów jak i znajdujących się w aktach sprawy wynika, że wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą nie przedstawił prawdziwych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu – wskazujący naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 (w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp), pkt 16, (ew. pkt 17) ustawy Pzp;

2) uznania oferty wykonawcy za odrzuconą – wskazujący naruszenie przepisów art. 24 ust. 4 Pzp.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu; spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego (art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp).

Zamawiający zobowiązany do określenia warunków udziału w postępowaniu, m.in. dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (w tym doświadczenia wykonawcy), określa warunki oraz środki dowodowe służące wykazaniu spełniania warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, a w zakresie doświadczenia wykonawcy – jako minimalne warunki, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22 ust. 1a, ust. 1b pkt 3, art. 22d ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający określił warunek zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenie wykonawcy – w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, na minimalnym poziomie zdolności do jego realizacji i na odpowiednim poziomie jakości, wymagając w części V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ: wykazania się wykonaniem min. 2 zadań wykonanych (zakończonych), tj. doprowadzonych przez wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, polegających na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie), klasy min. Z, o wartości (każde) min. 30 000 000 PLN (brutto).

Zamawiający wymagał wykazania wykonania zadań, których przedmiotem były roboty budowlane polegające na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych, w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia w ocenianym postępowaniu są roboty: budowy dróg; inżynieryjne; budowlane i pomocnicze w zakresie linii telefonicznych i ciągów komunikacyjnych; budowlane w zakresie budowy linii energetycznych; instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne; budowlane w zakresie mostów drogowych

– polegające na wykonaniu: przebudowy i poszerzenia jezdni drogi wojewódzkiej; korekt łuków poziomych i pionowych; ciągu pieszo – rowerowego; przebudowy i budowy miejsc dostępu do drogi; budowy i przebudowy drogowych obiektów inżynierskich; budowy i przebudowy zatok autobusowych; budowy chodników dla pieszych; budowy specjalistycznego stanowiska; budowy skrzyżowań z drogami powiatowymi; oświetlenia skrzyżowania; oświetlenia i przejść dla pieszych; rozbudowy systemu odwodnienia; przebudowy i zabezpieczenia sieci i urządzeń infrastruktury technicznej, a także wycinki drzew i krzewów.

Uczestnik postępowania odwoławczego wykazał wykonanie 2. Zadań: 1. Uzbrojenie Przasnyskiej Strefy Gospodarczej – Podstrefa C. 1 (etap I); 2. Kontynuacja robót związanych z budową nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze L. C. (...), wskazując klasy dróg i wartości – odpowiadające wymaganiom zamawiającego: klasa min. Z i wartość każdego zadania min. 30 000 000 PLN (brutto).

Ocena zadań z uwzględnieniem dowodów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, wyjaśnień wykonawcy złożonych na wezwanie zamawiającego i dodatkowego potwierdzenia przez Powiatowy Zarząd Dróg w P. uzyskanego na zapytanie zamawiającego – nie pozwala na stwierdzenie, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zarówno zakres rzeczowy robót jak i ich wartość, zostały zasadnie uznane przez zamawiającego jako odpowiadające wymaganiom wynikającym z określenia warunku zamieszczonego w SIWZ.

Brak jest podstaw do uwzględnienia stanowiska odwołującego podkreślanego w odwołaniu i na rozprawie, że „wartość robót drogowych” nie mogła być niższa niż 30 000 000 zł.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego o błędnym rozumieniu przez odwołującego określenia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wymóg wykonania min. 2 zadań polegających na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych, nie polegał na wykonaniu robót drogowych – jako robót stanowiących jeden z elementów robót, lecz na wykonaniu zadań polegających na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych z uwzględnieniem infrastruktury wchodzącej w zakres procesu inwestycyjnego.

Nieuprawnione jest wskazywanie wartości robót drogowych wyodrębnionych z całego wykonanego zadania, wynoszącej 12 25 868,25 zł, jako potwierdzenia nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – w świetle określenia warunku w SIWZ i zakresu oraz charakteru przedstawionej roboty budowlanej w wykazie robót.

Nieuprawnione jest również wskazywanie, że roboty – jak określił odwołujący – polegające na wykonaniu „szczelnego modułowego zbiornika retencyjnego”, nie są doświadczeniem wykonawcy, jeśli stanowią one element robót związanych z budową, rozbudową lub przebudową drogi, zwłaszcza w zestawieniu z opisem wymagań zamawiającego dotyczących aktualnego przedmiotu zamówienia, obejmującego m.in. *Rozbudowę systemu odwodnienia poprzez budowę i rozbudowę rowów wraz z przepustami pod zjazdami, budowę kanalizacji deszczowej wraz z urządzeniami odprowadzającymi wody opadowe i roztopowe, zastosowanie ścieków z prefabrykowanych elementów betonowych.*

Wymagane wykonanie dwóch zadań polegających na robotach dotyczących dróg publicznych nie zostało zawężone do wykonania wyłącznie robót drogowych, przez które – zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez uczestnika postępowania odwoławczego – należy rozumieć w myśl interpretacji odwołującego wykonanie nawierzchni drogi.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego wskazującego, że zadanie wykazane w poz. 2 wykazu, skoro stanowiło budowę obiektów kolejowych, nie stanowiło budowy dróg. Nazwa zadania – Kontynuacja robót związanych z budową nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze L. C. obejmujących wiadukty (...) – wskazuje charakter robót drogowych. Z wyciągu z projektu jednoznacznie wynika, że przedmiotem robót były drogi publiczne w opisanej klasie. Wartość zadania, a nie wyodrębnionych robót drogowych, przekroczyła wymagane min. 30 000 000 zł.

Zgodnie z określeniem warunku udziału w postępowaniu, wymagana klasa dróg min. Z miała być zgodna z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Rozporządzenie wskazuje w § 3 pkt 4 pojęcie klasy drogi: *Ilekość w rozporządzeniu jest mowa o klasie drogi – rozumie się przez to przyporządkowanie drodze odpowiednich parametrów technicznych, wynikających z jej cech funkcjonalnych.*

Przepis § 4 rozporządzenia, w pełnej treści w stosunku do ustępu 1 przedstawionego w odwołaniu, stanowi:

2. Droga zaliczona do jednej z kategorii w rozumieniu ustawy o drogach publicznych powinna spełniać wymagania techniczne i użytkowe określone dla następujących klas:

- 1) krajowa – klasy A, S lub GP;*
- 2) wojewódzka – klasy GP lub G;*
- 3) powiatowa – klasy GP, G lub Z;*
- 4) gminna – klasy GP, G, Z, L lub D.*

3. Przy przebudowie dróg, o których mowa w ust. 2 pkt 1–3, dopuszcza się przyjęcie klasy o jeden poziom niższej.

Z dokumentów przedłożonych przez uczestnika postępowania odwoławczego na wezwanie zamawiającego wynika, że realizacja zadań polegających na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych wykazanych w wykazie robót wykonawcy, polegała na realizacji robót dotyczących dróg publicznych klasy min. Z. Wynika to z jednoznacznego potwierdzenia Powiatowego Zarządu Dróg w P. (aktualna klasa drogi L, faktycznie posiada parametry drogi G, klasyfikacja drogi zostanie zmieniona po zakończeniu inwestycji w pełnym zakresie) oraz przyjętych warunków technicznych w stanie projektowanym dla zadania 2.

Dla oceny doświadczenia wykonawcy istotniejsze jest ustalenie poziomu wiedzy i umiejętności praktycznej, którą wykonawca uzyskał wykonując roboty właściwe dla drogi o wymaganej w SIWZ klasie, niż formalna jej klasyfikacja. O klasie drogi przesądza przyporządkowanie drodze odpowiednich parametrów technicznych, wynikających z jej cech funkcjonalnych.

Nie stanowi dowodu przeciwnego informacja Starostwa Powiatowego w P. z dnia 11 maja 2017 r. (odpowiedź udzielona odwołującemu na zapytanie w ramach udostępnienia informacji publicznej), która potwierdza wartość zadania, a w przedmiocie klasy drogi, stwierdza istniejący stan formalny.

Dowód przedłożony na rozprawie przez odwołującego: opinia techniczna Zakładu Diagnostyki Nawierzchni w W. wykonana na zamówienie odwołującego, jako opinia Instytutu Badawczego Dróg i Mostów, a więc placówki naukowo-technicznej, jest w istocie

stanowiskiem odwołującego (str. 9 górny akapit oraz pkt 2) wskazującym, że zachowanie parametrów klasy wyższej nie powoduje zakwalifikowania drogi do tej klasy.

Izba podzieliła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, że nie jest to opinia techniczna lecz prawna, dotycząca analizy prawa, a nie żadnej z dróg wskazanych przez wykonawcę w wykazie robót.

Konkludując powyższe ustalenia i ocenę, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy Pzp. Uznanie zasadności oceny dokonanej przez zamawiającego, że wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, czyni bezprzedmiotowymi zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ewentualnie pkt 17 ustawy Pzp.

Ad 2. Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 25a ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 – przez nieprawidłową ocenę złożonych dokumentów oraz wyjaśnień i bezzasadne przyjęcie, że uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił dokumenty wystarczające i nie budzące wątpliwości, a więc uprawniające do uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu określone w części V pkt 2 ppkt 3 tiret 1) SIWZ.

Wskazane przepisy ustawy stanowią o uprawnieniach i obowiązkach zamawiającego żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia odpowiednich oświadczeń lub dokumentów oraz wyjaśnień – art. 25 ust. 1 pkt 1, art. 25a ust. 1 i 2, art. 26 ust. 1, ust. 3 i 4 ustawy. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia wskazującego sposób naruszenia przywołanych przepisów.

Ad 3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. art. 91 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji udzielenie zamówienia uczestnikowi postępowania odwoławczego, wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy (wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznaniu za odrzuconą).

Odwołujący nie wykazał w postępowaniu dowodowym naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3, także w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp – nie podniósł zarzutu i nie przedstawił uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem sposobu jej oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ad 4. Zarzut zaniechania podania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji zamawiającego, zobligowanego do wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 1 Pzp – wskazujący naruszenie wymienionego przepisu ustawy.

Odwołujący wskazał na rozprawie, że brakujące informacje dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, to brak: *opisania czym Zamawiający kierował się przydzielając np. ilość punktów w doświadczeniu wykonawcy oraz czym się kierował uznając, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czym się kierował, że oferta wybrana jest ofertą najkorzystniejszą.*

Uzasadnienie odwołującego nie stanowi podstawy do uznania zasadności zarzutu, wobec treści przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp oraz treści informacji zamawiającego.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 20 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy w łącznej kwocie 4 025,60 zł, obejmujące koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (w kwocie 3 600 zł) i dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby (w kwocie 425,60 zł).

Przewodniczący: