

Sygn. akt **XXIII Zs 32/23**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 maja 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	SSO Monika Skalska
Sędziowie:	SO Anna Żuława SO Anna Krawczyk
Protokolant:	Sekr. sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 18 maja 2023 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego Gminy (...)

odwołującego: A. G.

ze skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 280/23

I. oddała skargę;

II. zasądza od A. G. na rzecz Gminy (...) 3600 zł (trzy tysiące

sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Anna Żuława Monika Skalska Anna Krawczyk

Sygn. akt XXIII Zs 32/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina (...), ul. (...), (...)-(...) D. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi gminnej wraz z odwodnieniem ul. (...) w m. P., Gmina (...)” (nr: (...)). Ogłoszenie o zamówieniu umieszczone zostało w BZP pod numerem (...).

W dniu 31 stycznia 2023 r. wykonawca A. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...), z siedzibą przy ul. (...) w G., wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu oraz na zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Zaniechania czynności

Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to: zaniechanie czynność odrzucenia oferty wykonawcy PHU (...) SP. J. z siedzibą w P.. Czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU (...) SP. J. z siedzibą w P., podczas gdy z oferty i załączników złożonych przez tego wykonawcę wynika, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej do zrealizowania zamówienia, bowiem nie spełnia warunku w zakresie doświadczenia opisanego w rozdziale VII punkt 1a SWZ. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy PHU (...). J. z siedzibą w P..

Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający w rozdziale VII pkt 1 a SWZ jasno wskazał, iż warunek w zakresie doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich 5 lat wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto (jeden milion zł brutto)".

W załączniku nr 7 do SWZ - Wykazie robót budowlanych, wykonawca PHU (...) SP. J. wskazał niezgodnie z prawdą, że wykonał dla (...) S.A. jedną robotę budowlaną w okresie od 04.05.2021 do 25.11.2022 r. o nazwie: Budowa autostrady (...) O. - G. (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760 do km 50+000 o wartości 3.409.659,93 zł netto. Natomiast na stronie tego kontraktu: (...) w tabeli Monitoring podwykonawców w wierszu 4 wskazano: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe(...) jako podwykonawcę z zakresem robót „Wykonanie robót przygotowawczych oraz ziemnych”. Wynika to również z załączonych do oferty referencji wystawionych Wykonawcy przez (...) S.A, gdzie jest mowa o wykonywaniu przez (...) SP. J. „robót drogowych” przy realizacji zadania "Budowa autostrady (...) O. - G. (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760 do km 50+000". W ocenie odwołującego, nie może być jednak mowy o tym, że wykonawca PHU (...) SP. J. wykonał samodzielnie robotę polegającą na "Budowie autostrady (...) O. - G. (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760 do km 50+000", gdyż taką robotę wykonał dla GDDKiA (...) S.A. Natomiast PHU (...) SP. J. wykonywał przy tym kontrakcie jedynie roboty przygotowawcze oraz ziemne. Co prawda wartość tych robót była znaczna z uwagi na długość odcinka. Nie była to jednak samodzielna budowa, przebudowa lub remont drogi. W ocenie Odwołującego wykonawca PHU (...) SP. J. nie wykonał więc w okresie ostatnich 5 lat samodzielnej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto, a zatem nie spełnia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia opisanego w rozdziale VII punkt 1a SWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie zarzutów w całości, a ustosunkowując się do twierdzeń odwołującego wyjaśnił, że stosownie do zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) rozdział VII Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pkt 1) ppkt 1a) oraz ogłoszenia o zamówieniu na zadanie: Przebudowa drogi gminnej wraz z odwodnieniem ul. (...), Gmina (...) (numer ogłoszenia (...)) z dnia 25 listopada 2022 r. „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa składanie ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie (...) lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych). Przez jedną robotę budowlaną rozumie się roboty wykonywane na podstawie jednej umowy. Wykonawca nie może sumować robót budowlanych o mniejszej wartości celem spełnienia wymaganego warunku przez Zamawiającego.”

Następnie Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych Wykonawca: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe⁽¹⁾(...) Spółka Jawna miał obowiązek złożyć podmiotowy środek dowodowy tj.: wykaz robót budowlanych (załącznik nr 7 do SWZ). Przedmiotowy wykaz został złożony i w ocenie Zamawiającego Wykonawca PHU (...) Sp. J. potwierdził spełnienie powyższego warunku. Wykonawca wykazał się doświadczeniem (wykaz robót budowlanych z dnia 02.01.2023 r.) przy „Budowie autostrady (...) O. - G. (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33 + 760 do km 50+000 na

wartość wykonanych robót budowlanych 3 409 652,93 zł netto w terminie od dnia 04.05.2021 - 25.11.2022 r. na rzecz podmiotu (...) Sp. z o.o.” oraz potwierdził ich należyte wykonanie środkiem dowodowym w postaci referencji z dnia 14.12.2022 r. (list referencyjny), że wykazane przez niego roboty budowlane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostały wykonane należyście „prace zostały wykonane terminowo, zgodnie z ustaleniami i dokumentacją techniczną. Nadzór nad prowadzonymi pracami był nienaganny i bezkonfliktowy”.

W ocenie Zamawiającego wykonawca prawidłowo wykazał spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu i prawidłowo jego oferta została przez Zamawiającego wybrana, jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, stawiając warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia skonstruował zakres tego warunku bez wskazywania wszystkich prac wchodzących w zakres robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi niezbędnych do wykonania obiektu budowlanego (obiekty liniowego) - drogi. Zamawiający podkreślił, że zarzuty Odwołującego polegające na twierdzeniu, że nabyte doświadczenie nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu są nieprawidłowe.

Zamawiający ponadto wskazał, że analogiczną sytuację oceniała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 787/20 „Odwołujący nadmieniał, że roboty, które wykonał przystępujący w ramach tej inwestycji są tylko częścią prac naprawczych elewacji południowej i wschodniej, które z kolei są częścią całej inwestycji. (...) Bez znaczenia z punktu widzenia spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu pozostawała okoliczność, że wydzielone i odebrane przez generalnego wykonawcę, inwestora i nadzór konserwatorski roboty budowlane stanowiły element większej i niezakończonyj jeszcze inwestycji pn. „Modernizacja dawnego kościoła (...) obecnie siedziby (...) w E.”. Skoro zakres robót, na który powołał się przystępujący, został wyodrębniony, wykonany i odebrany przez generalnego wykonawcę, inwestora i konserwatora zabytków oraz wpisywał się treść warunku udziału w postępowaniu, to brak było podstaw do jego kwestionowania. (...) Z dokumentu tego wynikało, że wykonane prace stanowiły 100 % etapu powierzonego przystępującemu jako podwykonawcy. Potwierdzeniem prawdziwości zaświadczenia złożonego przez przystępującego zamawiającego okazało się także zaświadczenie wystawione przez samego inwestora w dniu 17 czerwca 2020 r. (załącznik do pisma procesowego przystępującego z 18 czerwca 2020 r.). Z zaświadczenia tego również wynikało, że p. rzystępujący wykonał wydzielony zakres przedmiotu zamówienia w zakresie, robót budowlano-konserwatorskich przy ścianach ceglanych. Ponadto z dokumentu również wynikało, że prace zostały odebrane przez samego inwestora jak i nadzór konserwatorski. Zgadza się także wartość robót odebranych do 31.01.2020 r. na kwotę 1.141.540 zł brutto. Potwierdzeniem uznania robót za należyte wykonane robót są także faktury wystawione przez przystępującego generalnemu wykonawcy oraz towarzyszące im dowody ich opłacenia przez (...). Z powyższym dowodów wynikało zatem jednoznacznie, że część ć zadania inwestycyjnego odpowiadająca treści warunku niewątpliwie została zatem wyodrębniona, a następnie wykonana należyte przez przystępującego, prawidłowo ukończona, odebrana przez generalnego wykonawcę, inwestora i nadzór konserwatorski należności z tytułu wykonania robót zostały zapłacone.” Podsumowując swoje stanowisko Zamawiający stwierdził, że gdyby zależało mu na konkretnym doświadczeniu wówczas dookreśliłby warunek np. poprzez wymaganie „budowy, przebudowy lub modernizacji drogi, której obligatoryjnym elementem byłyby podbudowy i roboty bitumiczne”.

W ocenie Zamawiającego roboty ziemne i roboty przygotowawcze są częścią robót budowlanych związanych z budową dróg. Roboty ziemne obejmują prace związane z przygotowaniem terenu pod budowę drogi, takie jak wykopywanie, wyrównywanie i niwelacja terenu. Z kolei roboty przygotowawcze to usunięcie darniny i ziemi roślinnej, wycinanie starodrzewu, karczowanie pni i krzewów, wytyczanie budowli ziemnych, odprowadzenie wód opadowych, czasowe obniżenie poziomu wód gruntowych, spulchnianie gruntu spoistego, roboty ziemne porządkowe. Roboty ziemne i roboty przygotowawcze są niezbędne do zapewnienia, że budowa drogi jest możliwa i trwała, a także do zapewnienia bezpieczeństwa i wygody dla kierowców i innych użytkowników drogi. Nie ma też wątpliwości, że roboty te charakteryzują się określoną specyfiką, co z kolei prowadzi do wniosku, że stanowią kluczowy element budowy drogi jako całości.

Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty ww. Wykonawcy.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Przedsiębiorstwo Handlowo usługowe (...) Sp. J. z siedzibą w K. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie. Odwołujący sprecyzował żądanie wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający podtrzymał stanowisko z pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że nie precyzował w specyfikacji szczegółowo rodzaju robót, które miałyby być uznawane na potwierdzenie spełnienia warunku, w tym zakresie również nie składano pytań. Przystępujący stwierdził, że roboty przygotowawcze i ziemne mają charakter specjalistyczny i wymagają specjalistycznej wiedzy, stanowią też istotny element budowy niezbędny do zbudowania drogi. Znaczenie tych prac nie może być pomniejszane w sposób prezentowany przez Odwołującego.

Wyrokiem z 15 lutego 2023 r. wydanym w sprawie w sprawie o sygn. akt KIO 280/23, Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawcę A. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w G. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę (...) przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo usługowe (...)Sp. J. z siedzibą w K. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w pkt 1 oddaliła odwołanie a w pkt 2 kosztami postępowania obciążyła odwołującego wykonawcę.

W ustalonym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że niesporny i niekwestionowany w sprawie uznać należało zakres, wartość i charakter prac referencyjnych przedstawionych przez przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia technicznego i zawodowego. Prace te zostały wyspecyfikowane w piśmie inwestora - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Z. z dnia 13 lutego 2023 r., złożonego przez odwołującego do akt w poczet materiału dowodowego. Z pisma wynika, że przedsiębiorstwo przystępującego jako podwykonawca firmy (...) S.A. wykonywało roboty przygotowawcze w zakresie robót ziemnych na zadaniu pn. Budowa autostrady (...) O.-G. (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 km 33+760 do km 50+000 polegające na zdjęciu warstwy humusu nadającego się do zakładania zieleni, wykonaniu wykopów w gruntach nieskalistych z transportem urobku na nasyp, wykonaniu wykopów w gruntach nieskalistych z transportem urobku na odkład i wykonaniu nasypu z gruntu uzyskanego z, wykopu. Stosownie do zapisów ogłoszenia i SWZ warunków w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto. Przez jedną robotę budowlaną rozumie się roboty wykonywane na podstawie jednej umowy. W sprawie niesporna również była wartość umowy przekraczająca kwotę 3 mln zł. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wykonawca prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i prawidłowo jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie KIO zarzuty Odwołującego polegające na twierdzeniu, że nabyte doświadczenie nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu były nieprawidłowe. Zdaniem KIO oczywiste jest, że roboty, które wykonał przystępujący w ramach inwestycji referencyjnej są tylko częścią prac przebudowy drogi - całej inwestycji, w której generalnym wykonawcą był (...) S.A., a przystępujący jednym z kilkudziesięciu podwykonawców. Wykonane, przez niego roboty, jednoznacznie wyspecyfikowane i odebrane stanowiły niezbędny „etap przed kolejnymi pracami przebudowy drogi.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej sformułowany przez zamawiającego warunek doświadczenia jest stosunkowo ogólny i nie może oznaczać wymogu realizacji całej inwestycji drogowej przez jeden podmiot. W takim hipotetycznym rozumieniu żaden z podmiotów uczestniczących w wykonawstwie opisanym wyżej, nie mógłby się legitymować żądanym doświadczeniem, zapewne także generalny wykonawca. Zważywszy, że warunek nie był rygorystyczny, skoro dopuszczano także prace polegające na przebudowie, a nawet remoncie drogi, nieracjonalne byłoby w sprawie uznanie za niewystarczające wykazanie się pracami przedstawionymi w ofercie przystępującymi, które to prace bez wątpienia stanowią istotny i niezbędny etap i element budowy lub przebudowy drogi. Roboty ziemne i roboty przygotowawcze

są częścią robót budowlanych związanych z budową drogi. prace związane z przygotowaniem terenu pod budowę drogi, takie jak wykopywanie, wyrównywanie i niwelacja terenu. Kolejne to roboty przygotowawcze niezbędne do zrealizowania inwestycji drogowej Roboty ziemne i roboty przygotowawcze są niezbędne do zapewnienia, że budowa drogi jest możliwa i trwała, niezbędna do zapewnienia bezpieczeństwa ruchu drogowego. Nie ma też wątpliwości, że roboty te charakteryzują się określoną specyfiką, co z kolei prowadzi do wniosku, że stanowią kluczowy element budowy drogi jako całości. Wobec powyższego zarzut postawiony przez Odwołującego nie jest uzasadniony. W oparciu o powyższą argumentację Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że warunek udziału w postępowaniu został potwierdzony prawidłowo, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty ww. wykonawcy, a Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Skargę od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w G., **zaskarżając wyrok** Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. **w całości. Wyrokowi zarzucił naruszenie:** naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez nieuwzględnienie odwołania a tym samym uznanie, iż Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 2 pkt oraz przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu,

1) naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 542 ust. 1 PZP w zw. z art. 552 ust. 1 PZP poprzez dowolną i wybiórczą ocenę dowodów, z całkowitym pominięciem stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego wynikającego z zebranego materiału dowodowego, całkowitego pominięcia definicji legalnych, całkowitego pominięcia faktu skierowania i prowadzenia postępowania przez podmioty będące profesjonalistami i oparcie orzeczenia na interpretacji własnej a więc dokonanie subsumpcji ustalonego stanu faktycznego w kontekście obowiązujących przepisów prawa z naruszeniem zasad doświadczenia życiowego, zasad logiki, zasady celowości, zasady spójności systemu prawnego co w konsekwencji doprowadziło do niedozwolonej sytuacji w której Izba dokonując interpretacji zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia nieznajdującej żadnego uzasadnienia w zebranych materiale dowodowym i przepisach prawa - sanowała sprzeczne z ustawą zaniechanie Zamawiającego, przez przyjęcie w szczególności, że:

a) utożsamienie przez Izbę prac polegających na wykonaniu wykopów i nasypów z budową drogi,

b) Zamawiający/ Przeciwnik skargi nie miał obowiązku weryfikacji oświadczenia Wykonawcy pod względem wymaganego doświadczenia (kryterium udziału) posługując się źródłami powszechnie dostępnymi, a nawet zwracając się bezpośrednio do innych podmiotów (art. 128 ust. 5 PZP)

c) Całkowite pominięcie brzmienia zarówno ustalonych przez Zamawiającego w SWZ definicji określających spełnienie warunku jak też całkowite pominięcie brzmienia definicji legalnych pojęć: robota budowlana, budowa, przebudowa, remont oraz pomocniczych : budowa drogi, przebudowa drogi, remont drogi z ustawy o drogach publicznych

d) Całkowite pominięcie celu i sensu stawiania Wykonawcom warunków doświadczenia zawodowego (technicznego) w PZP, którym jest obowiązek udzielenia zamówienia podmiotowi profesjonalnemu, specjalizującemu się w danego rodzaju pracach / usługach, a zatem dającego gwarancję wykonania zamówienia w sposób profesjonalny, a Zamawiającemu gwarancję wydatkowania środków publicznych (samorządowych) w sposób racjonalny, efektywny, bez ich marnotrawienia,

e) Całkowite pominięcie faktu, iż uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia są podmioty profesjonalnie działające na rynku w danej branży, zajmujące się danym rodzajem prac / robót / usług / dostaw, do których należy

zawsze stosować podwyższony a nawet wysoki stopień staranności i tym samym posługujące się definicjami legalnymi (ustawowymi) w sposób jednoznaczny, nie wymagający interpretacji,

f) Przyjęcie, iż Zamawiający prawidłowo nie dokonał odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, iż Zamawiający z łatwością mógł się dowiedzieć - gdyż jest to informacja powszechnie znana dostępna w internecie, iż Przystępujący nie wykonywał zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub remoncie drogi - autostrady (...) a jedynie brał udział w pracach ziemnych i przygotowawczych.

g) Zupełnie niezrozumiałe przyjęcie contra legem, iż branie udziału na jakimś etapie prac w całym procesie budowy drogi i to w jakimś fragmencie - jest wykonaniem roboty polegającej na budowie drogi, bez odwoływania się do definicji legalnych tych pojęć za to przyjęcie w sposób sprzeczny z zasadami logiki, iż podmiot kopiący wykopy i wykonujący nasypy - budował drogę zgodnie z definicją legalną tego pojęcia,

h) Absolutnie niezrozumiałe przyjęcie, iż pojęcia „WYKONAŁ roboty budowlane POLEGAJĄCE NA budowie, przebudowie, remoncie drogi” są tożsame ze skonstruowanym przez Izbę pojęciem „wykonał roboty budowlane PRZY budowie, przebudowie, remoncie drogi” lub „BRAŁ UDZIAŁ w budowie, przebudowie, remoncie drogi” i tym samym utożsamienie przez Izbę prac polegających na robotach ziemnych z budową drogi, co jest niedopuszczalne w świetle definicji legalnych zawartych w ustawie prawo budowlane i ustawie o drogach publicznych jak również w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, oraz iż

i) Utożsamienie i zrównanie powyższych pojęć stanowi niedopuszczalne pominięcie celu kryteriów doświadczenia stawianych Wykonawcom zawartych na podstawie PZP oraz całego systemu profesjonalnych zamówień publicznych, gdyż dopuszczenie do udziału podmioty, które tylko brały udział w realizacji jakiegoś zamówienia jako tych, które je wykonywały doprowadzi do całkowitej kompromitacji i załamania profesjonalizmu systemu zamówień publicznych,

3. W konsekwencji doprowadzenie orzeczeniem do naruszenia prawa materialnego tj. art. 17 PZP wyrażającego zasadę prawa zamówień publicznych w sposób « zapewniający osiągnięcie najlepszych, profesjonalnych usług, dostaw i robót budowlanych w ramach posiadanych środków, a więc obowiązek udzielania zamówienia podmiotom profesjonalnie zajmującym się daną dziedziną, branżą Oraz usankcjonowanie powyższym orzeczeniem naruszenia prawa materialnego art. 16 pkt 1) PZP przez załamanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - gdyby bowiem potencjalnie Wykonawcy wiedzieli, iż dla spełnienia warunku udziału wystarczając będzie w ocenie Zamawiającego wykonywanie w przeszłości jakiegoś elementu drogi, części procesu budowlanego drogi, zapewne większa ilość wykonawców złożyłaby oferty, np. drobnicy wykonawcy - właściciele samochodów do przewożenia materiałów sypkich, których dziesiątki są podwykonawcami w usługach przemieszczania mas ziemnych, zapewne drobnicy wykonawcy - operatorzy/właściciele walców, którzy biorą udział w budowach dróg przez układanie warstw masy bitumicznej, a być może także przedsiębiorcy, którzy zajmują się układaniem chodników i krawężników a także projektanci, bez których pracy - etapu projektowego - w ogóle nie może być mowy o budowie drogi, to projekt ma bowiem zasadnicze znaczenie dla wybudowania jakiegokolwiek obiektu. W ten sposób dojść można do absurdu, który postawi pod znakiem zapytania cały sens systemu zamówień publicznych, który w swej istocie zakłada profesjonalizm.

4. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 226 ust. 2 pkt b), które to naruszenie polega na pominięciu ww. przepisu i błędnym uznaniu, że Zamawiający nie miał obowiązku odrzucenia oferty Przystępującego wobec oczywistych lub dających się zweryfikować bez większych trudności nieprawdziwych informacji podanych przez Przeciwnika skargi o spełnieniu warunku doświadczenia

5. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 226 ust. 2 pkt b) przez jego pominięcie wobec istotnej sprzeczności oświadczenia Przystępującego a przedstawionymi referencjami, które winny spowodować wykonanie przez Zamawiającego szczególnie dokładnej weryfikacji spełnienia warunku przez Przystępującego .

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o merytoryczne uwzględnienie niniejszej skargi poprzez zmianę skarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego jako

niespełniającej warunku udziału w postępowaniu, a także następnie nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert. obciążenie Przeciwnika skargi kosztami postępowania odwoławczego i skargowego w tym zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów zastępstwa procesowego za oba postępowania.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej i pozbawionej podstaw oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W ocenie Sądu Okręgowego, skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 21 k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – dalej Pzp znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Na wstępie wskazać należy, że część zarzutów zawarta w skardze, nie mogła zostać rozpoznana, ponieważ nie były one przedmiotem odwołania. Zgodnie z art. 583 Pzp sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. Regulacja ta ma ścisły związek i współgra z normą wynikającą z art. 555 Pzp wprowadzającą podobne rozwiązanie na gruncie postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 555 Pzp izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wobec powyższego Sąd Okręgowy rozpoznał tylko te zarzuty, które zostały wcześniej podniesione w odwołaniu.

Sąd Okręgowy dla przejrzystości wyводу za zasadne uważa poczynienie uwagi o charakterze ogólnym, tym samym wskazuje, że Sąd jest związany zakresem żądań odwołania od decyzji zamawiającego. Zarówno granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do decyzji o wykluczeniu opartej na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest zatem związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Oznacza to, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej podlega kontroli wyłącznie pod kątem podniesionych przez odwołującego zarzutów. W związku z czym, zarzuty naruszenia prawa procesowego w tym zakresie nie mogły stanowić samoistnej podstawy prawnej, zmierzającej do uchylecia zaskarżonego wyroku. Skarga w tej części zawierała bowiem zarzuty wykraczające nie tylko poza zarzuty podnoszone w odwołaniu, ale i prezentujące nowe okoliczności. Powyższe co do zasady nie może zaś stanowić przedmiotu orzekania Sądu Okręgowego. Dlatego już z tego względu przedmiotowa skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Nawiązując do art. 555 Pzp., który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Sąd Okręgowy wskazuje, iż oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W niniejszej sprawie, w postępowaniu odwoławczym skarżący nie podnosił tak sformułowanych zarzutów dotyczących wadliwości oferty. W związku z czym, nie były one przedmiotem szczegółowej oceny przez Izbę. W konsekwencji, nie mogły stanowić również zarzutu błędnej oceny materiału dowodowego przez Izbę podnoszonej na etapie postępowania skargowego.

Odnosząc się do żądania skarżącego unieważnienia umowy, zgłoszone na rozprawie w dniu 18 maja 2023 r., Sąd Okręgowy uznał je za nieuzasadnione. Skarżąca wniosła o unieważnienie umowy wskazując, że podstawą unieważnienia umowy miałby być fakt udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu w postępowaniu przeprowadzonym z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu należy podkreślić, iż Przewodniczący składu orzekającego w niniejszej sprawie orzekał w sprawie o sygn. XXIII Ga 809/19, w której Sąd Okręgowy przedstawił pogląd odnoszący się do obowiązku badania przez Sąd orzekający zasadności zarzutów podnoszonych w skardze a odnoszących się do uzasadnienia wniosku o unieważnienie umowy. Przedstawiony pogląd, mimo iż oparty na uprzednio obowiązujących przepisach zachowuje aktualność również w sprawie niniejszej. Zaś stanowisko składu orzekającego Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie w tej kwestii nie uległo zmianie. Podobnie aktualność zachowuje pogląd wyrażony w sprawie XXIII Zs 109/22.

W związku z tym przypomnieć należy, że w myśl przepisu art. 554 ust. 3 pkt 2-3 Pzp, Sąd może unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową jedynie w przypadku, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp. Zgodnie zaś z art. 457 ust. 1 Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Są to zatem samodzielne okoliczności, które mogą potencjalnie stanowić podstawę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ulega jednak wątpliwości, że wszystkie wyżej wymienione okoliczności związane są z zaniechaniem przez zamawiającego zasadniczego obowiązku, jakim jest obowiązek opublikowania ogłoszenia lub przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie (patrz J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457).

Kolejne podstawy ewentualnego unieważnienia umowy uregulowane zostały przez ustawodawcę w kolejnych punktach art. 457 ust. 1 Pzp. Zatem umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający (oprócz sytuacji przedstawionej powyżej):

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Skarżący jednak nie powoływał się na przesłanki unieważnienia umowy wynikające z art. 457 ust. 1 pkt 2-5). Jego zdaniem taka podstawa wynikała z art. 457 ust. 1 pkt 1) Pzp. Zaznaczyć należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do zaistnienia którejkolwiek z wyżej wymienionych przesłanek, co świadczy w ocenie Sądu Okręgowego o niedopuszczalności wniesionego żądania.

W odniesieniu natomiast do przesłanki wynikającej z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, na którą powoływał się skarżący, należy wskazać, że w niniejszej sprawie ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane, co potwierdza brak ziszczenia się przedmiotowej przesłanki.

Brak jest również materiału dowodowego, na podstawie którego można by było wywieść, że miała miejsce sytuacja o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt 2. Niemniej jednak podkreślić należy, że skarżący powoływał się jedynie na przesłankę unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. W takim stanie faktycznym Sąd Okręgowy nie miał podstaw do

badania zarzutów przedstawionych w skardze, które dotyczyły jedynie dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, skoro żądanie skargi dotyczyło unieważnienia umowy.

Mając na względzie powyżej przywołane stanowisko doktryny wskazać należy, że Sąd Okręgowy powinien w związku z tym zbadać zasadność podniesionych w skardze zarzutów w odniesieniu do uzasadnienia wniosku o unieważnienia umowy. Jednakże w sytuacji, gdy nie zostały wskazane przez skarżącego okoliczności, które mogłyby prowadzić do unieważnienia umowy na podstawie art. 457 Pzp Sąd nie może uwzględnić takiego żądania. Można jedynie na marginesie dodać, że nie mógł tego także uczynić na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów tj. art. 146 ust 1 dPzp. Sąd Okręgowy nie podziela przy tym stanowiska skarżącego odnoszącego się do słuszności wniesionej skargi mimo nie wykazania w niej spełnienia przesłanek wynikających z art. 457 ust. 1 Pzp prowadzących do unieważnienia przedmiotowej umowy. Zaznaczyć należy, że w niniejszej sprawie skarżący nie wniósł zarzutów odnoszących się do naruszenia przepisów prowadzących do unieważnienia umowy w trybie z art. 475 Pzp. Co znamienne skarżący nie zmodyfikował także wniesionej skargi w zakresie zarzutów w niej opisanych w porównaniu do zarzutów odwołania.

Naruszenia zarzucane zatem w niniejszej sprawie nie mogłyby doprowadzić do unieważnienia umowy na podstawie art. 457 Pzp, gdyż żądanie skargi dotyczyło unieważnienia umowy, a jednocześnie brak było zarzutów dotyczących przesłanek do unieważnienia wynikających z art. 457 ust. 1 Pzp.

Sąd Okręgowy w pełni zgadza się ze wskazywanym w piśmie procesowym skarżącej stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, iż naruszenie przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp musi polegać na zaniechaniu przez zamawiającego obowiązku ogłoszeń.

W ocenie Sądu Okręgowego niezasadne było również zgłoszone roszczenie ewentualne o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi o wiarygodności, mocy dowodowej dowodów i ich swobodnej ocenie, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Wykładnia tego przepisu, w postępowaniu skargowym nie powinna się różnić od utrwalonej wykładni przepisu art. 233 § 1 k.p.c., którego brzmienie jest takie samo i dotyczy tego samego zakresu regulacji. Wobec tego sąd zamówień publicznych, w stosunku do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej jest zobowiązany do oceny, czy postawiony zarzut naruszenia przez KIO art. 542 ust. 1 ww. ustawy (analogicznie, jak przez sąd I instancji przepisu art. 233 § 1 k.p.c.) wymaga wykazania, że KIO uchybiła zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być jedynie przeciwstawione uprawnieniu KIO do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie o innej niż przyjęła KIO wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena KIO. Istotne jest także to, czy skarżący odniósł ów pojedynczy zarzut także do innych, nawet potencjalnych uchybień w ocenie materiału dowodowego (w związku z zakresem regulacji art. 531 w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP), w tym też w aspekcie ciężaru dowodu (art. 534 ust. 1 ustawy PZP).

Oceniając zarzuty skarżącego, naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, Zdaniem Sądu Okręgowego prawidłowo Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że uczestnik postępowania Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe (...) spółka jawna w K., wykazało spełnianie przesłanek udziału w postępowaniu.

Badanie wymaganej w postępowaniu zdolności podmiotowej dokonuje się na kanwie brzmienia warunków udziału w przetargu, które określił zamawiający. Weryfikacja cech podmiotowych, wymaganych do prawidłowego wykonania zamówienia, następuje poprzez zestawienie określonych w dokumentacji postępowania wymagań z przedłożonymi przez wykonawcę oświadczeniami i dokumentami. Zatem punktem wyjścia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w przetargu, która powinna być wykładana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów

zamawiającego (czy weryfikacji ofert konkurencji), a także, żeby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Jakkolwiek wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga, by wykonawca legitymował się odpowiednią zdolnością do jego realizacji, to warunki udziału w przetargu bada się wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego postawionych w dokumentacji postępowania i jeżeli odwołujący uważa, że zamawiający powinien bardziej wnikliwie weryfikować potencjał wykonawców, to właściwym momentem na zgłaszanie takich zastrzeżeń był termin na zaskarżenie treści SWZ. Obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, do czego absolutną barierą jest upływ terminu na składanie ofert, treść dokumentacji przetargu wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, a badanie i ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SWZ. Nie można więc z powodu niewyartykułowanych w dokumentacji warunków - które zdaje się zdaniem odwołującego powinny znaleźć się w SWZ i na podstawie których chciałby on weryfikować ofertę konkurencji - czynić zarzutu niewykazania posiadania odpowiednich zdolności zawodowych, skoro takich wymagań zamawiający wykonawcom nie postawił. (tak. Wyrok KIO z 6.października 2021 r., KIO 2472/21, LEX nr 3345589).

Stosownie do zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, a precyzyjnie wskazując rozdziału VII Warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zadanie: Przebudowa drogi gminnej wraz z odwodnieniem ul. (...), Gmina (...) (numer ogłoszenia (...)) z dnia 25 listopada 2022 r., pkt 1.1.a „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych). Przez jedną robotę budowlaną rozumie się roboty wykonywane na podstawie jednej umowy. Wykonawca nie może sumować robót budowlanych o mniejszej wartości celem spełnienia wymaganego warunku przez Zamawiającego.”

Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że wykonawca ma prawo mieć zastrzeżenia do sposobu sformułowania warunku udziału w postępowaniu. Sąd Okręgowy dostrzega, że sporny warunek udziału w postępowaniu zawiera cechy ogólności. Powyższe w pewnym zakresie potwierdza przeciwnik skargi - Zamawiający wskazując, że stawiając warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia skonstruował zakres tego warunku bez wskazywania wszystkich prac wchodzących w zakres robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie i remoncie drogi niezbędnych do wykonania obiektu budowlanego – drogi. Jednakże, wyjaśnieniom wszelkich wątpliwości na etapie postępowanie przetargowego służy art. 135 ust. 1 Pzp, który daje wykonawcom możliwość zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Podkreślenia wymaga, że z dotychczasowego orzecznictwa, które pomimo uchwalenia nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, nadal pozostaje aktualne, wynika, iż "instytucja wyjaśnień postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwala wykonawcom na uzyskanie od zamawiającego wytłumaczenia określonych, niejasnych treści specyfikacji. Wskazany instrument ma zatem służyć przede wszystkim wykonawcom" (por. wyrok KIO z 16 lipca 2014 r., KIO 1361/14). Niemniej jednak na gruncie niniejszej sprawy zauważyć należy, że żaden z wykonawców, ani nie zadał pytania co do sposobu interpretacji wątpliwego warunku, ani też nie złożył odwołania od treści SWZ w tym zakresie. W dacie złożenia ofert należało zatem interpretować ten warunek tak jak zrobił to Zamawiający.

Przedstawiony przez skarżącego sposób argumentacji wskazuje, że skarżący próbuje przeforsować korzystną dla siebie interpretację SWZ, a tym samym w sposób nieuprawniony rozszerzyć zawarte tam warunki. Jeśli skarżący miał zaś jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące zakresu wymaganych przez Zamawiającego, czy uważał, że jest on zbyt szeroki, mógł w trybie art. 135 ust. 1 Pzp zwrócić się z wnioskiem o wyjaśnienia lub dokonanie modyfikacji, czego nie uczynił. Wobec czego, podnoszenie zarzutów w tym zakresie dopiero na etapie postępowania skargowego przed Sądem Okręgowym należy uznać za spóźnione.

W ocenie Sądu Okręgowego zaproponowana przez skarżącego wykładnia warunku z rozdziału VII pkt 1.1.a stanowi jego nadinterpretację polegającą na rozszerzeniu jego treści wbrew literalnemu brzmieniu warunku. Błędna

interpretacja skarżącego nakładałaby na wykonawcę dodatkowy nieprzewidziany w treści warunku wymóg wykazania się wykonaniem wszystkich robót budowlanych składających się na budowę lub przebudowę lub remont lub przebudowę i remont drogi.

Zdaniem Sądu Okręgowego warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 1.1.a rozdziału VII SWZ zawiera wymóg, by robota budowlana była związana z budową drogi, ale nie wynika z niego, jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że Zamawiający wymagał wykazaniem się realizacją całej inwestycji drogowej. Warunek w zakresie doświadczenia polegał na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie lub przebudowie i remoncie drogi o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. Jak słusznie wskazuje przeciwnik skargi, skarżący skupia się na wyjaśnieniu pojęcia „wykonania roboty budowlanej” przypisując Zamawiającemu intencje, które nie wynikają z treści dokumentów przetargowych. W warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający nie określił, że produktem końcowym zamówienia ma być droga, dla której uzyskano pozwolenie na użytkowanie. Wbrew stanowisku skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza nie utożsamiała prac wykonanych przez uczestnika z budową drogi jako całości – z uzasadnienia jasno wynika, że Izba przyjęła że są to roboty budowlane – zresztą jak najbardziej prawidłowo - które są częścią robót budowlanych związanych z budową drogi.

Wykonawca złożył wykaz robót budowlanych wykazując się doświadczeniem przy budowie autostrady (...) O.-G. (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 do km 33+760 do km 50+000 na wartość wykonanych robót budowlanych 3.409.652,93 zł netto w terminie od dnia 04.05.2021 – 25.11.2022 r. na rzecz podmiotu (...) Sp. z o.o.” oraz potwierdził ich należyte wykonanie listem referencyjnym z dnia 14.12.2022 r, a tym samym spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Również pozostałe zarzuty skargi, co do sposobu interpretacji spornego warunku udziału w postępowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, nie znalazły uznania Sądu Okręgowego i tym samym należało uznać je za bezzasadne. W konsekwencji uznać należało, iż Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo przyjęła, że warunek udziału w postępowaniu został potwierdzony prawidłowo tym samym Zmawiający nie miał podstaw prawnych do wykluczenia oferty wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Skarga podlegała zatem oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 Ppz oddalił skargę jako bezzasadna.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez Zamawiającego w całości. Na koszty te składało się wynagrodzenie profesjonalnych pełnomocników ww. stron postępowania, ustalonych w oparciu o § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.) w kwocie po 3.600 zł, o czym orzeczono w pkt II.

Anna Żuława Monika Skalska Anna Krawczyk