

Sygn. akt: KIO 2839/12

**WYROK**  
**z dnia 10 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **09 stycznia 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 grudnia 2012 r.** przez **M..... D.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M..... D.....**, ul. Jana Matejki 7, 22 – 100 Chełm w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie**, ul. Boya Żeleńskiego 19a, 35 – 105 Rzeszów

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i czynności odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 17.12.2012 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. Boya Żeleńskiego 19a, 35 – 105 Rzeszów i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez M.....**

**D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M..... D....., ul. Jana Matejki 7, 22 – 100 Chełm** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** nakazuje dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. Boya Żeleńskiego 19a, 35 – 105 Rzeszów** na rzecz wykonawcy **M..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M..... D....., ul. Jana Matejki 7, 22 – 100 Chełm** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Opracowanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla zadania pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin - Wysokie - Biłgoraj - Sieniawa - Przeworsk - Kańczuga - Dynów - Grabownica Starzeńska na odcinku: granica województwa podkarpackiego km 115+875 do łącznika drogi wojewódzkiej z węzłem „Przeworsk” w km 144+561 w miejscowości Gorliczyna*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 240957 – 2012, data zamieszczenia 14.11.2012 r. przez Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 17.12.2012 r. (faxem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze oferty najkorzystniejszej PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp i odrzuceniu oferty na podstawie art. 24 ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” firmy – M..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M..... D....., ul. Jana Matejki 7, 22-100 Chełm zwanego dalej: „*Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M..... D.....*” albo „*Odwołującym*”. Zamawiający stwierdził brak dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. z dokumentów przedłożonych do oferty oraz wyjaśnień przesłanych 06.12.2012 r. nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca wykonał Program Funkcjonalno Użytkowy zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 02.09.2004 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 2002 poz. 2072 z późn. zm.).

W dniu 21.12.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Biuro Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej LISPUS M..... D..... wniosło odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp od czynności Zamawiającego z dnia 17.12.2012 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 21.12.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Stwierdził, że wnosi odwołanie na zaniechanie czynności przez

Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla zadania pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin - Wysokie - Biłgoraj - Sieniawa - Przeworsk - Kańczuga - Dynów - Grabownica Starzeńska na odcinku: granica województwa podkarpackiego km 115+875 do łącznika drogi wojewódzkiej z węzłem „Przeworsk” w km 144+561 w miejscowości Gorliczyna”. Zdaniem Odwołującego, w toku w/w postępowania dokonano zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp w zakresie: art. 26 pkt 3. Odwołujący wnosił o: a) Unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w przetargu, b) Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Stwierdził również, że prawo takie przysługuje Odwołującemu z mocy art. 180 ust. 2 pkt 3,4 Pzp. Zamawiający wystąpił z pismem nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 2012.12.04 o: „wyjaśnienie treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie rozbieżności pomiędzy Wykazem usług stanowiącym załącznik nr 4 do oferty a dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usługi: tj. referencją przedłożoną przez Państwa do oferty” w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia do oferty w dniu 2012.12.06 (pismo nr 2012/12/pr/md/1163) do wezwania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający po rozpatrzeniu wyjaśnienia w dniu 2012.12.07 pismem nr PZDW-WZP-243/WDT/13/12 wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zamawiający w dniu 2012.12.14 pismem nr PZDW-WZP-243/WDT/13/12 poinformował, że unieważnił przeprowadzoną czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 2012.12.07 oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający na podstawie ponownej oceny uznał, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie spełnia warunku określonego w SIWZ, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia. W związku z powyższym Zamawiający jako najkorzystniejszą, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ wybrał ofertę formy Promost Consulting Tomasz S..... Sp. j. w Rzeszowie, jednocześnie wykluczając Odwołującego z przetargu bez prawa możliwości uzupełnienia oferty przetargowej w trybie art. 26 pkt 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał czynności wskazanej w Pzp w zakresie art. 26 ust 3, tj. wezwania oferenta do uzupełnienia oferty w przypadku niespełniania wymagań stawianych w SIWZ.

Zamawiający w dniu 21.12.2012 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.12.2012 r. (faxem), a 27.12.2012 r. (pisemnie – wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów zwanej dalej: „PROMOST CONSULTING T.

S..... Sp. J. w Rzeszowie” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopia przekazana Zamawiającemu oraz Przystępującemu. W toku posiedzenia, Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego firmy: PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie, nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwoływającego, pismem nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 04.12.2012 r. wzywające Odwoływającego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp wraz z załącznikami, pismem nr 2012/12/pr/md/1163 z dnia 06.12.2012 r., stanowiącymi wyjaśnienia Odwoływającego wraz z załącznikami, pismem nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 07.12.2012 r. stanowiącym pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej, pismem nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 14.12.2012 r. stanowiącym unieważnienie wyboru z dnia 07.12.2012 r., pismem nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 17.12.2012 r. stanowiącym objęty zakresem odwołania wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwoływającego, pismem nr 2012/12/pr/md/1199 z dnia 18.12.2012 r. będącym informacją wystosowaną do Zamawiającego na podstawie art. 181 pkt 1 Pzp, pismem nr 2012/12/pr/ep/1201 z dnia 19.12.2012 r. będący zgodą Odwoływającego na przedłużenie terminu związania ofertą, odwołaniem wraz z załącznikiem, a także pismem z dnia 11.12.2012 r. PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie skierowanego do Zamawiającego oraz dowodami złożonym na rozprawie: pismem wewnętrznym Zamawiającego nr PZDW-WDT/6011/835/25/1004/12 z dnia 17.12.2012 r. – złożonym przez Zamawiającego, jak i pismem Gminy Pawłowice z dnia 18.12.2012 r. – złożonym przez Odwoływającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwoływający, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta została odrzucona i nie podlegał klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na

uzyskanie przedmiotowego zamówienia, tym bardziej, że jego oferta była najkorzystniejsza cenowo.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2839/12, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, pisma nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 04.12.2012 r. wzywające Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp wraz z załącznikami (tj. pisma z dnia 29.11.2012 r. PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie, ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 168948 – 2012, data zamieszczenia 23.05.2012 r. oraz postanowień SIWZ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Nr sprawy OI.271.1.20.2012 – Gminy Pawłowice), pisma nr 2012/12/pr/md/1163 z dnia 06.12.2012 r., stanowiącymi wyjaśnienia Odwołującego wraz z załącznikami, pisma nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 07.12.2012 r. stanowiącym pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej, pisma nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 14.12.2012 r. stanowiącym unieważnienie wyboru z dnia 07.12.2012 r., pisma nr PZDW-WZP/243/WDT/13/12 z dnia 17.12.2012 r. stanowiącym objęty zakresem odwołania wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, pisma nr 2012/12/pr/md/1199 z dnia 18.12.2012 r. będącym informacją wystosowaną do Zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp, pisma nr 2012/12/pr/ep/1201 z dnia 19.12.2012 r. będący zgodą Odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą, odwołania wraz z załącznika, a także pisma z dnia 11.12.2012 r. PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie skierowanego do Zamawiającego oraz złożonych na rozprawie: pisma wewnętrznego Zamawiającego nr PZDW-WDT/6011/835/25/1004/12 z dnia 17.12.2012 r. – złożonego przez Zamawiającego, jak i pisma Gminy Pawłowice z dnia 18.12.2012 r. – złożonego przez Odwołującego

Odnosnie zgłoszonego przystąpienie PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie – zostało niniejsze zgłoszone w przywołanym terminie faxem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po 3 dniowym terminie. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Nie ma także możliwości wezwania do uzupełnienia braków formalnych, jak w wypadku odwołania. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja

kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne, uznając, że żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały miejsca. Wobec powyższego, Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 24.12.2012 r. włącznie, żaden wykonawca skutecznie nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zgodnie z Rozdz. 5 SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, pkt 5.3 ppkt 5.2 - za spełnienie warunku określonego w pkt 5.2.2 (dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia) Zamawiający uzna udokumentowanie w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonanie minimum 1 usługi polegającej na wykonaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla zadania budowy/rozbudowy/przebudowy drogi klasy min. Z, poparte dokumentami potwierdzającymi, iż usługa została wykonana należycie (np. referencje). Z kolei w ramach Rozdz. 7 Wykaz oświadczeń, dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, pkt 7.4 Zamawiający określił, iż wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie – według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do oferty. Odwołujący załączy stosowny wykaz wraz z referencją do oferty (str. od 8 do 10 oferty). W wykazie wymienił zadanie – wykonanie koncepcji projektowej: Budowa ścieżki rowerowej ul. Golasowicka – ul. Powstańców Pielgrzymowice – w ramach zakresu stwierdził, że wykonano program funkcjonalno-użytkowy na rzecz Gminy Pawłowice. Załączono referencje wystawione przez Gminę Pawłowice dotyczącą zadania: Budowa ścieżki rowerowej ul. Korczaka – ul. Kraszewskiego Golasowice. W jego zakresie wystawca stwierdził, że projekt obejmował wykonanie programu funkcjonalno-użytkowego przebudowy drogi powiatowej klasy Z na odcinku 2,4 km. W zakres opracowania wchodziły m.in. analiza własnościowa gruntu – wskazanie granicy pasa drogowego w stanie istniejącym i projektowanym wraz ze zestawieniem właścicieli nieruchomości gruntów niezbędnych do zajęcia pod projektowaną trasę. Dnia 04.12.2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do

wyjaśnień w zakresie rozbieżności między treścią wykazu, a referencją. Nadto poinformował o stanowisku firmy PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie względem wykazywanego zadania – załączył: pismo z dnia 29.11.2012 r. PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie, ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 168948 – 2012, data zamieszczenia 23.05.2012 r. oraz postanowienia SIWZ z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego Nr sprawy OI.271.1.20.2012 – Gminy Pawłowice. W ramach załączonego pisma - PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie stwierdzało – „(...) po analizie ofert złożonych w ww. postępowaniu, wskazuje, że oferta firmy Biuro Opracowania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej „LISPUS” M..... D....., zawiera załącznik nr 4 „Wykaz usług”, który nie potwierdza spełnienia wymogów SIWZ w niniejszym postępowaniu.

1) Oferent dołączył do Załącznika nr 4 „Wykaz usług” referencje dot. zadania pn.: Budowa ścieżki rowerowej ul. Korczaka - ul. Kraszewskiego Golasowice”, które nie dotyczą zadania wykazanego załączniku tj.: „Wykonanie koncepcji projektowej;: Budowa ścieżki rowerowej ul. Golasowicka - ul. Powstańców Pielgrzymowice”

2) Zakres zamówienia ujęty w SIWZ na: „Wykonanie koncepcji na zadaniach: Zadanie I) Budowa ścieżki rowerowej ul. Golasowicka - ul. Powstańców Pielgrzymowice, Zadanie II) Budowa ścieżki rowerowej ul. Korczaka - ul. Kraszewskiego Golasowice” ogłoszonego przez Urząd Gminy Pawłowice obejmował opracowanie koncepcji budowy dwukierunkowej ścieżki rowerowej i pieszo - rowerowej, a nie budowy/rozbudowy/przebudowy drogi klasy min. Z

3) Zakres rzeczowy opracowania dla zamówienia na: „Wykonanie koncepcji na zadaniach: Zadanie I) Budowa ścieżki rowerowej ul. Golasowicka - ul. Powstańców Pielgrzymowice, Zadanie II) Budowa ścieżki rowerowej ul. Korczaka - ul. Kraszewskiego Golasowice” obejmował, zgodnie z pkt. 2.2. SIWZ:

a) pozyskanie podkładu mapowego (poświadczona kopia mapy zasadniczej w skali 1:500 – mapa z warstwami: sytuacji, sieci uzbrojenia terenu (kolor), ewidencji gruntów i budynków) - 1 egz. dla Zamawiającego oraz egzemplarze na potrzeby opracowania,

b) analiza własnościowa gruntu - wskazanie granicy pasa drogowego w stanie istniejącym i projektowanym wraz ze zestawieniem właścicieli nieruchomości gruntów niezbędnych do zajęcia pod projektowaną trasę - 4 egz. dla każdego wariantu,

c) plan sytuacyjny z koncepcją przebiegu trasy rowerowej wraz z przekrojami konstrukcyjnymi, podłużnymi i poprzecznymi - 4 egz. dla każdego wariantu,

d) tabelaryczne zestawienie zadrzewienia kolidującego z rozwiązaniami projektowymi (obwód, gatunek drzewa bez oznakowania w terenie) - 1 egz. dla każdego wariantu,

e) szacunkowy kosztorys inwestorski uwzględniający całość kosztów inwestycji (roboty budowlane, roboty związane z kolizją z istniejącymi sieciami uzbrojenia terenu, wykupy gruntów) - 1 egz. dla każdego wariantu,



f) uzyskaniem wymaganych uzgodnień i opinii zarządców sieci (dla każdego wariantu)

g) uzgodnienie z właścicielami nieruchomości wstępnych warunków dysponowania na cele budowlane terenem zajęтым pod ścieżkę (dla każdego wariantu) a więc nie obejmował zakresu usług wymaganego przez Zamawiającego w postępowaniu na „Opracowanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla zadania pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin - Wysokie - Biłgoraj - Sieniawa - Przeworsk - Kańczuga -Dynów - Grabownica Starzeńska na odcinku: granica województwa podkarpackiego km 115+875 do łącznika drogi wojewódzkiej z węzłem „Przeworsk” w km 144+561 w miejscowości Gorliczyna tj. wykonania Programu Funkcjonalno Użytkowego. Wskazujemy, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej obowiązany jest dokonać oceny ofert złożonych przez Wykonawców, przy czym zakres merytorycznej oceny nie może ograniczyć się wyłącznie do formalnego porównania wysokości cen ofertowych. Zakres ten powinien bowiem obejmować tak kontrolę spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, jak i weryfikację ofert z punktu widzenia zgodności z SIWZ.(...)”.

Odwołujący w dniu 06.12.2012 r. udzielił następujących wyjaśnień: „Biuro przedłożyło do oferty przetargowej list referencyjny potwierdzający wykonanie zamówienia zgodnego z wymaganym w specyfikacji do przetargu tj. opracowania programu funkcjonalno - użytkowego dla przebudowy drogi powiatowej. Zamówienie zostało wykonane na zlecenie UG Pawłowice - zakres zamówienia przedstawiała mapa orientacyjna z zaznaczonym przebiegiem zamówienia - należy wykonać ścieżkę rowerową w ciągu ulicy Korczaka, Kraszewskiego w Golasowicach (zadanie nr 2) oraz ścieżki rowerowej ul. Golasowicka, Powstańców w Pielgrzymowicach (zakres w załączniku nr 1,2).

Zarządcą ulicy Korczaka, Kraszewskiego w Golasowicach oraz Korczaka, Kraszewskiego w Pawłowicach jest Zarząd Dróg Powiatowych w Pszczynie i ulice są klasy „Z”. Znaczenia pojęcia inwestycji - budowy ścieżki rowerowej - należy szukać w definicjach zawartych w ustawie o drogach Publicznych (<http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19850140060>), tj. budowy, przebudowy oraz remontu drogi:

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

Podkreślenia wymaga fakt, iż jeżeli inwestycja drogowa wychodzi poza granice dotychczasowego pasa drogowego i wymaga przejęcia własności nieruchomości - nawet w niewielkim stopniu - jest to rozbudowa drogi, która w myśl przepisów ustawy o drogach publicznych oraz ustawy Prawo budowlane jest traktowana jako budowa drogi.

Zgodnie z powyższymi definicjami - budowa ścieżki rowerowej to przebudowa lub rozbudowa drogi. Wykonane projekty budowy ścieżki rowerowej wskazały wyjścia poza pas drogowy - w związku z powyższym zgodnie z definicjami wskazanymi wyżej - budowa ścieżek rowerowych wymagała rozbudowy drogi powiatowej.

Interpretacja znajduje potwierdzenie w opinii Podsekretarza Stanu Zbigniewa Rapciaka działającego z upoważnienia ministra w Ministerstwie Infrastruktury (Warszawa, dnia 9 lutego 2009 r.) w sprawie „zakresu stosowania i interpretacji przepisów ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg Publicznych”. Biuro informuje, że zakres zamówienia wskazanego przez UG Pawłowice obejmował:

#### 1.2 Zakres rzeczowy dla opracowania:

- a) pozyskanie podkładu mapowego (poświadczona kopia mapy zasadniczej w skali 1:500 - mapa z warstwami: sytuacji, sieci uzbrojenia terenu (kolor), ewidencji gruntów i budynków) - 1 egz. dla Zamawiającego oraz egzemplarze na potrzeby opracowania,
- b) analiza własnościowa gruntu - wskazanie granicy pasa drogowego w stanie istniejącym i projektowanym wraz ze zestawieniem właścicieli nieruchomości gruntów niezbędnych do zajęcia pod projektowaną trasę - 4 egz. dla każdego wariantu,
- c) plan sytuacyjny z koncepcją przebiegu trasy rowerowej wraz z przekrojami konstrukcyjnymi, podłużnymi i poprzecznymi - 4 egz. dla każdego wariantu,
- d) tabelaryczne zestawienie zadrzewienia kolidującego z rozwiązaniami projektowymi (obwód, gatunek drzewa bez oznakowania w terenie) - 1 egz. dla każdego wariantu,
- e) szacunkowy kosztorys inwestorski uwzględniający całość kosztów inwestycji (roboty budowlane, roboty związane z kolizją z istniejącymi sieciami uzbrojenia terenu, wykupy gruntów) - 1 egz. dla każdego wariantu,
- f) uzyskaniem wymaganych uzgodnień i opinii zarządców sieci (dla każdego wariantu)
- g) uzgodnienie z właścicielami nieruchomości wstępnych warunków dysponowania na cele budowlane terenem zajęтым pod ścieżkę (dla każdego wariantu)

Biuro opracowało dokumentację projektową zgodnie ze wskazaniem w SIWZ (UG Pawłowice). Biuro w oparciu o doświadczenie zebrało zakres zamówienia i ułożyło go formie w Programu Funkcjonalno - Użytkowego (Dz.U.2004.202.2072 [ROZPORZĄDZENIE MINISTRA INFRASTRUKTURY z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z dnia 16 września 2004 r.), co zostało zaakceptowane przez Zamawiającego w trakcie wykonywania zamówienia.

Program Funkcjonalno - Użytkowy zawiera w sobie wszystkie elementy wskazane w zakresie rzeczowym oraz inne elementy wymagane ustawą którą Biuro przyjęło jako podstawę do rzeczowego i zgodnego z przepisami prawa wykonania zamówienia i wywiązania się z umowy z UG Pawłowice.

*Kompletna dokumentacja opracowana przez Biuro została złożona z zachowaniem terminu oraz odebrana bez uwag przez Zamawiającego.*

*Wobec powyższego Biuro spełnia warunki zamówienia w zakresie doświadczenia w przetargu na: „Opracowanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla zadania pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin - Wysokie - Biłgoraj - Sieniawa - Przeworsk - Kańczuga - Dynów -Grabownica Starzeńska na odcinku: granica województwa podkarpackiego km 115+875 do łącznika drogi wojewódzkiej z węzłem „Przeworsk” w km 144+561 w miejscowości Gorliczyna” w zakresie zgodnym z SIWZ.”. Odwołujący załączył mapy orientacyjne dotyczące obu zadań. Nadto nowy wykaz zawierający tak: zadanie – wykonanie koncepcji projektowej: Budowa ścieżki rowerowej ul. Golasowicka – ul. Powstańców Pielgrzymowice (poz. 1), jak i tak: zadanie – wykonanie koncepcji projektowej: Budowa ścieżki rowerowej ul. Korczaka – ul. Kraszewskiego Golasowice (poz. 2). W obu wypadkach w ramach wykazu stwierdzono, że wykonano program funkcjonalno-użytkowy na rzecz Gminy Pawłowice. Załączono także referencje: tak referencję załączoną pierwotnie do wykazu w ofercie, jak i referencję wystawioną przez Gminę Pawłowice dotyczącą zadania: Budowa ścieżki rowerowej ul. Golasowicka – ul. Powstańców Pielgrzymowice. W jego zakresie wystawca stwierdził, że projekt obejmował wykonanie programu funkcjonalno-użytkowego przebudowy drogi powiatowej klasy Z na odcinku 1,85 km. W zakres opracowania wchodziły m.in. analiza własnościowa gruntu – wskazanie granicy pasa drogowego w stanie istniejącym i projektowanym wraz ze zestawieniem właścicieli nieruchomości gruntów niezbędnych do zajęcia pod projektowaną trasę. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru z dnia 07.12.2012 r., unieważnionego pismem z dnia 14.12.2012 r. W dniu 17.12.2012 r. Zamawiający dokonał objętego zakresem odwołania wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego.*

*Nadto, pismem z dnia 11.12.2012 r. PROMOST CONSULTING T. S..... Sp. J. w Rzeszowie poinformował Zamawiającego po wyborze z dnia 07.12.2012 r., że: „Dokonując wyboru oferty LISPUS Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a także zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 tej ustawy. Składając nin. pismo wnosimy o uznanie zasadności przekazanej informacji oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert i w jej wyniku wykluczenie wykonawcy - LISPUS oraz uznanie jego oferty za odrzuconą, a następnie dokonanie ponownego wyboru oferty zgodnej z SIWZ i najkorzystniejszej ze względu na przyjęte kryterium oceny ofert. (...)*

*W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla zadania pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin - Wysokie - Biłgoraj - Sieniawa - Przeworsk - Kańczuga - Dynów - Grabownica Starzeńska na odcinku: granica województwa podkarpackiego km 115+875 do łącznika drogi wojewódzkiej*

z węzłem „Przeworsk” w km 144+561 w miejscowości Gorliczyna” Zamawiający wybrał ofertę Biura Opracowywania Programów i Projektów Inżynierii Komunikacyjnej "LISPUS" Marcin Dobek w Chełmie. Po zapoznaniu się z ofertą wybranego wykonawcy oraz wyjaśnieniami z dnia 6 grudnia 2012r. nadal powstaje poważna wątpliwość, czy ww. wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału dotyczące doświadczenia oraz czy załączone referencje Wójta Gminy Pawłowice są prawdziwe ?

W takiej sytuacji zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp przysługuje nam prawo "w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformowania Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2". Wnosimy o wszczęcie stosownego postępowania wyjaśniającego mającego na celu sprawdzenie, czy przedmiotem zamówienia wykonanego przez LISPUS na rzecz Gminy Pawłowice było rzeczywiście wykonanie "usługi polegającej na wykonaniu Programu Funkcjonalno Użytkowego dla zadania budowy/rozbudowy/przebudowy drogi klasy min. Z", jak to wymagał Zamawiający w przedmiotowym przetargu w pkt. 5.2.2) SIWZ.

W ocenie wykonawcy PROMOST CONSULTING T. S..... Spółka jawna w Rzeszowie wykonanie koncepcji budowy ścieżek rowerowych nie jest tożsame w wykonaniu "Programu Funkcjonalno Użytkowego" w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 zm. Dz. U. z 2005r. Nr 75, poz. 664), a usługa ta nie dotyczy "budowy/rozbudowy/przebudowy drogi klasy min. Z" w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 19 poz. 115 z późn. zm) i rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43, poz. 430).

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp "program funkcjonalno-użytkowy" obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Szczegółowy zakres i formę programu funkcjonalno-użytkowego określono w rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 zm. Dz. U. z 2005r. Nr 75, poz. 664). Zgodnie z przepisami cyt. rozporządzenia dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz program funkcjonalno-użytkowy są odrębnymi opracowaniami, w których wydziela się tomy zgodnie z przyjętą systematyką podziału robót budowlanych.

Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Zgodnie z § 16 cyt. rozporządzenia program funkcjonalno-użytkowy powinien zawierać:

- 1) stronę tytułową;
- 2) część opisową
- 3) część informacyjną.

Strona tytułowa programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

- 1) nazwę nadaną zamówieniu przez zamawiającego;
- 2) adres obiektu budowlanego, którego dotyczy program funkcjonalno-użytkowy;
- 3) w zależności od zakresu robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia - nazwy i kody:
  - a) grup robót,
  - b) klas robót,
  - c) kategorii robót;
- 4) imię i nazwisko lub nazwę zamawiającego oraz jego adres;
- 5) imiona i nazwiska osób opracowujących program funkcjonalno-użytkowy;
- 6) spis zawartości programu funkcjonalno-użytkowego. Część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:
  - 1) opis ogólny przedmiotu zamówienia;
  - 2) opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Opis ogólny przedmiotu zamówienia obejmuje:
    - 1) charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych;
    - 2) aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia;
    - 3) ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe;
    - 4) szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych ustalone zgodnie z Polską Normą PN-ISO 9836:1997 „Właściwości użytkowe w budownictwie. Określenie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych”, jeśli wymaga tego specyfika obiektu budowlanego, w szczególności:
      - a) powierzchnie użytkowe poszczególnych pomieszczeń wraz z określeniem ich funkcji,
      - b) wskaźniki powierzchniowo-kubaturowe, w tym wskaźnik określający udział powierzchni ruchu w powierzchni netto,
      - c) inne powierzchnie, jeśli nie są pochodną powierzchni użytkowej opisanych wcześniej wskaźników,
      - d) określenie wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników.

Wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia należy określić, podając, odpowiednio w zależności od specyfiki obiektu budowlanego, wymagania dotyczące:

- 1) przygotowania terenu budowy;
- 2) architektury;
- 3) konstrukcji;
- 4) instalacji;
- 5) wykończenia;
- 6) zagospodarowania terenu. Opis tych wymagań obejmuje:
  - 1) cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych;
  - 2) warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadających zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

- 1) dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 2) oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane;
- 3) przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego;
- 4) inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:
  - a) kopię mapy zasadniczej,
  - b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów,
  - c) zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków,
  - d) inwentaryzację zieleni,
  - e) dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska,
  - f) pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości,
  - g) inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek,
  - h) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych,

gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych,

i) dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem.

Zgodnie z ustawą z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, drogą publiczną jest droga zaliczona na podstawie niniejszej ustawy do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych. Drogi publiczne ze względu na funkcje w sieci drogowej dzielą się na kategorie, a ze względów funkcjonalno-technicznych dzielą się na klasy określone w warunkach technicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 i Nr 170, poz. 1217), jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Przez "drogę" rozumiemy budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym. Droga klasy Z - droga zbiorcza - to jedna z klas dróg publicznych według podziału wprowadzonego przez Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Rozporządzenie to określa jakie wymagania techniczne i użytkowe powinna spełniać droga tej klasy, które uzależnione są od prędkości projektowej dla danej drogi. Drogi klasy Z mogą należeć do kategorii dróg wojewódzkich, dróg powiatowych lub wyjątkowo do dróg gminnych. Zasady budowy ścieżek rowerowych określa Rozdział 6 art. 46 i nast. cyt. rozporządzenia i są one odmienne niż budowa drogi klasy Z.

W świetle powyższych przepisów trudno uznać "wykonanie koncepcji budowy ścieżek rowerowych" jako tożsame z wykonaniem "Programu Funkcjonalno Użytkowego dla zadania budowy/rozbudowy/przebudowy drogi klasy min. Z".

Zakres zamówienia dla Gminy Pawłowice obejmował (cyt z siwz) "opracowanie koncepcji budowy dwukierunkowej ścieżki rowerowej i pieszo-rowerowej o łącznej długości ok. 2,4 km, oddzielonej od jezdni pasem zieleni o szerokości min. 1,0 m. Koncepcja powinna zawierać analizę minimum dwóch wariantów przebiegu trasy rowerowej, wstępnie zaakceptowanych przez Zamawiającego na podstawie dostarczonych szkiców, rysunków. Zakres rzeczowy opracowania:

- a) pozyskanie podkładu mapowego (poświadczona kopia mapy zasadniczej w skali 1:500 - mapa z warstwami: sytuacji, sieci uzbrojenia terenu (kolor), ewidencji gruntów i budynków) - 1 egz. dla Zamawiającego oraz egzemplarze na potrzeby opracowania,
- b) analiza własnościowa gruntu - wskazanie granicy pasa drogowego w stanie istniejącym i projektowanym wraz ze zestawieniem właścicieli nieruchomości gruntów niezbędnych do

- zajęcia pod projektowaną trasę - 4 egz. dla każdego wariantu,*
- c) plan sytuacyjny z koncepcją przebiegu trasy rowerowej wraz z przekrojami konstrukcyjnymi, podłużnymi i poprzecznymi - 4 egz. dla każdego wariantu,*
- d) tabelaryczne zestawienie zadrzewienia kolidującego z rozwiązaniami projektowymi (obwód, gatunek drzewa bez oznakowania w terenie) - 1 egz. dla każdego wariantu,*
- e) szacunkowy kosztorys inwestorski uwzględniający całość kosztów inwestycji (roboty budowlane, roboty związane z kolizją z istniejącymi sieciami uzbrojenia terenu, wykupy gruntów) - 1 egz. dla każdego wariantu,*
- f) uzyskaniem wymaganych uzgodnień i opinii zarządców sieci (dla każdego wariantu)*
- g) uzgodnienie z właścicielami nieruchomości wstępnych warunków dysponowania na cele budowlane terenem zajęтым pod ścieżkę (dla każdego wariantu)."*

*Analiza zapisów SIWZ dla przetargu Gminy Pawłowice w kontekście prawnego rozumienia pojęcia "programu funkcjonalno-użytkowego" wskazuje, że przedmiot tego zamówienia nie obejmował wykonania programu funkcjonalno-użytkowego.*

*Wyjaśnienia LISPUS z dnia 6 grudnia 2012r. nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w nin. postępowaniu. Jeżeli wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 3) Pzp winien takiego wykonawcę wykluczyć z postępowania tak też pkt. 8.4.6) SIWZ). Jeżeli wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp."* Dołączono także powoływaną w piśmie z dnia 6.12.2012. Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Infrastruktury - z upoważnienia ministra - na interpelację nr 7446 w sprawie zakresu stosowania i interpretacji przepisów ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych podpisana przez Podsekretarza stanu Zbigniewa Rapciak Warszawa, dnia 9 lutego 2009 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego, a następnie odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust.4 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za zasadny, w konsekwencji uwzględniając odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Po pierwsze, Izba ustaliła w toku rozprawy, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty, tj. przedłożonego wraz z ofertą wykazu usług oraz załączonej referencji w trybie art. 26 ust. 3 Pzp uznając, że Odwołujący załączając do wyjaśnień z 06.12.2012 r. *de facto* nowy wykaz usług i odpowiadające mu referencje dokonał stosownego uzupełnienia samodzielnie w tym zakresie. Izba odnosząc się do niniejszej



kwestii eksponowanej przez Odwołującego w odwołaniu stwierdza: „(...) za orzecznictwem KIO oraz SO, że dopuszczalne jest w pewnych wypadkach i z określonymi konsekwencjami samodzielne uzupełnienie w toku oceny ofert, czy też procedury odwoławczej. Izba przywołuje w tym zakresie wyrok KIO z dnia 25.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 59/10, wyrok KIO z dnia 04.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1551/10 oraz w wyroku KIO z dnia 23.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1444/10, czy też wyrok KIO z dnia 14.05. 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 735/10. Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: XIX Ga 162/10.” (za wyrokiem z dnia 05.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1054/12). Wyjaśniając, że: “(...) Wykonawca, co do zasady, nawet bez wezwania ze strony Zamawiającego, gdy stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów:” (wyrok KIO z dnia 04.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1551/10). Zaś: „Niewątpliwie wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednakże ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia. Tym samym zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu” (wyrok KIO z dnia 15.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1169/11).

Po drugie, Izba uznała po analizie odwołania, że przedmiotem zaskarżenia jest sama czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, nie zaś kwestie tylko i wyłącznie zaniechania zastosowania art. 26 ust.3 Pzp, z tej przyczyny konieczna jest ocena przedmiotowej czynności Zamawiającego biorąc pod uwagę uzasadnienie zawarte w ramach pisma Zamawiającego z dnia 17.12.2012 r.

Zamawiający, jak stwierdził podczas rozprawy, oceniał wykaz usług przekazany wraz z referencjami wraz z pismem z dnia 06.12.2012 r. Stwierdził, że z dokumentów przedłożonych do oferty oraz wyjaśnień przesłanych 06.12.2012 r. nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca wykonał Program Funkcjonalno Użytkowy zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 02.09.2004 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 2002 poz. 2072 z późn. zm.). Inaczej mówiąc nie uznał Odwołującemu wykazanych zadań, tudzież załączonych referencji.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp). Należy w pierwszej kolejności zauważyć, że Zamawiający uznał za wystarczające do spełnienia wymogu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia wykazanie się wykonaniem - minimum 1 usługi polegającej na wykonaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla zadania

budowy/rozbudowy/przebudowy drogi klasy min. „Z”, nie zaś jezdni. Jego argumentacja zaś opierała się na negacji ścieżki rowerowej, tudzież drogi rowerowej jako elementu drogi. Nadto, w dalszej kolejności eksponowaniu wykazanych zadań jako koncepcji, a nie programów funkcjonalno-użytkowych.

W tym miejscu konieczne jest wskazanie, że droga publiczna to droga w rozumieniu art.1 ustawy z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19, oz. 115 z późn. zm.), tzn. zaliczana na podstawie niniejszej ustawy do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych. Zgodnie z art. 2 niniejszej ustawy ze względu na funkcję w sieci drogowej drogi publiczne dzielą się na drogi krajowe, wojewódzkie, powiatowe i gminne. Ulice leżące w ciągu dróg tych dróg należą do tej samej kategorii co te drogi. Ze względów funkcjonalno-technicznych drogi publiczne dzielą się na klasy określone w warunkach technicznych, o których mowa w art. 7 ust.1 pkt 1 Prawa Budowlanego (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, 1118 i Nr 170, poz. 1217), jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Z kolei zgodnie z art. 4 pkt 2 tej ustawy: droga – budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącymi całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym, a jezdnia (art. 4 pkt 5 w/w ustawy) – część drogi przeznaczona do ruchu pojazdów.

Natomiast, droga klasy „Z” – droga zbiorcza – jedna z klas dróg publicznych według podziału wprowadzonego przez Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 roku nr 43, pozycja 430).

Nie mniej istotna, a zupełnie ignorowana przez Zamawiającego jest ustawa z dnia 20.06.1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 1997 r. Nr 98, poz. 602 z późn. zm.), która w art. 2 pkt 1a odnośnie pojęcia drogi publicznej odsyła do wskazanej powyżej ustawy z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19, oz. 115 z późn. zm.). Przy czym, w art. 2 pkt 1 definiuje drogę, jako wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt, zaś pkt 5 tego artykułu stwierdza, że droga dla rowerów — drogę lub jej część przeznaczoną do ruchu rowerów, oznaczoną odpowiednimi znakami drogowymi; droga dla rowerów jest oddzielona od innych dróg lub jezdni tej samej drogi konstrukcyjnie lub za pomocą urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Przepisy w tym zakresie obowiązywały co najmniej od maja 2012 r., a więc były wiążące odnośnie zadań, którymi wykazał się Odwołujący,

dotyczących Gminy Pawłowice – ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 168948 – 2012, data zamieszczenia 23.05.2012 r.

Z przedmiotowych przepisów wynika, że droga dla rowerów może stanowić element wchodzący w skład drogi publicznej tak, jeśli jest oddzielona konstrukcyjnie (poprzez pas zieleni – tak stanowił opis przedmiotu zamówienia wykazywanych zadań - tak ogłoszenia o zamówieniu, jak i postanowień SIWZ) lub za pomocą urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, naturalnie jeśli wchodzi w skład pasa drogowego. W przedmiotowych wykazywanych zadaniach stanowiła ona /ścieżka/droga rowerowa/ element drogi powiatowej klasy „Z” (Zamawiający nie kwestionował charakteru i klasy drogi wskazanej w listach referencyjnych i wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 06.12.2012 r.).

W konsekwencji nie można negować, że budowa drogi rowerowej stanowi, zarazem rozbudowę drogi publicznej, w tym wypadku drogi powiatowej klasy „Z”. Zamawiający w ramach wymogu dotyczącego wiedzy i doświadczenia użył sformułowania droga, a nie węższego pojęcia jezdnia.

Należy także zauważyć, że przywoływane w wyjaśnieniach z dnia 06.12.2012 r. stanowisko, tj. odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Infrastruktury - z upoważnienia ministra - na interpelację nr 7446 w sprawie zakresu stosowania i interpretacji przepisów ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych podpisana przez Podsekretarza stanu Zbigniewa Rapciak Warszawa, dnia 9 lutego 2009 r. – stwierdza, że jeśli mamy do czynienia z przekroczeniem dotychczasowego pasa drogowego i wykupem nowych nieruchomości mamy do czynienia z rozbudową drogi publicznej. Z tego faktu Zamawiający wywodził także na rozprawie, że w wykazywanych zadaniach nie mamy do czynienia z rozbudową drogi publicznej, gdyż droga rowerowa przekraczała pas drogowy, a z definicji drogi w ustawie z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19, oz. 115 z późn. zm.) wynika, że drogą są określone elementy zlokalizowane w pasie drogowym. Jednakże, Izba wskazuje, że w obu listach referencyjnych, jak i w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w postanowieniach SIWZ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Nr sprawy OI.271.1.20.2012 – Gminy Pawłowice jest wprost mowa o analizie własnościowej gruntu – wskazanie granicy pasa drogowego w stanie istniejącym i projektowanym wraz ze zestawieniem właścicieli nieruchomości gruntów niezbędnych do zajęcia pod projektowaną trasę. Wynika więc z tego, że planowana rozbudowa uwzględniała zmianę pasa drogowego drogi publicznej powiatowej klasy „Z”. W konsekwencji miała mieć miejsca rozbudowa drogi publicznej powiatowej klasy „Z”, poprzez budowę ścieżki/drogi rowerowej w ramach „nowego” pasa drogowego.

Ostatnią kwestia jest okoliczność, że wykazywane zadania używają pojęcia koncepcja, a Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu Programu Funkcjonalno-

Użytkowego. W tym zakresie, Zamawiający eksponował postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 168948 – 2012, data zamieszczenia 23.05.2012 r. oraz postanowienia SIWZ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Nr sprawy OI.271.1.20.2012 – Gminy Pawłowice. Izba zwraca, jednakże uwagę, iż Odwołujący przedłożył jako dowód na rozprawie pismo wystawcy listów referencyjnych złożonych wraz z wyjaśnieniami z dnia 06.12.2012 r., tzn. pismo z dnia 18.12.2012 r. W jego ramach jednoznacznie wskazuje się, że opis przedmiotu zamówienia postanowień SIWZ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Nr sprawy OI.271.1.20.2012 miał charakter minimalny, a ostatecznie Odwołujący zdecydował się na przygotowanie i złożenie opracowania, w formie Programu Funkcjonalno – Użytkowego zawierającego zakres zamówienia zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego. Powyższe jest także wprost wskazane w obu listach referencyjnych złożonych w ramach wyjaśnień z dnia 06.12.2012 r. Zasadnym jest również podniesienie, że także dowód złożony przez Zamawiającego – pismo z dnia 17.12.2012 r. wprost stwierdza, że Odwołujący przekazał Program Funkcjonalno-Użytkowy, a nie koncepcje. Izba nie przeczy, że w tym piśmie wskazuje się na rozbieżności między tytułami przekazanego Programu Funkcjonalno-Użytkowego, a adekwatnymi do nich nazwami punktów wynikającymi z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 02.09.2004 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 2002 poz. 2072 z późn. zm.). Jednakże, wskazywane rozbieżności nie mają charakteru merytorycznego, zaś Zamawiający nie wykazał istotności owych rozbieżności, należy zauważyć, że dokument jest nośnikiem informacji, więc użycie słowa „informacje” bez „dokumenty” mogło być po pierwsze uzasadnione merytorycznie (nie było innych posiadanych dokumentów), po drugie wynikać ze zbliżonego charakteru obu pojęć. Podobnie nie wykluczone, że nie użyto w tytule sformułowania posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska, gdyż takowych nie było, czy też są one w przekazanym Programie Funkcjonalno-Użytkowym, a tylko nie ujęto tego w nazwie punktu. Odnosząc się do wskazanych dwóch braków – to na rozprawie Odwołujący udzielił wiarygodnych wyjaśnień, że porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci były fizycznie załączone do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, mimo braku odrębnego tytułu. Zaś w kwestii strony tytułowej, nastąpiło jej poprawienie i wymiana. Izba wskazuje, że Zamawiający nie odniósł się do tych wyjaśnień Odwołującego nie podał żadnych wad natury merytorycznej przekazanego Programu Funkcjonalno-Użytkowego. W konsekwencji Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie widzi podstaw do kwestionowania charakteru przekazanych przez Odwołującego w ramach wykazywanych zadań opracowań, jako Programu

Funkcjonalno-Użytkowego spełniającego wymogi wynikające z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 02.09.2004 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 2002 poz. 2072 z późn. zm.).

Reasumując, w ocenie Izby oba zadania wykazane przez Odwołującego w poz. 1 i 2 – wykaz usług, jak i załączone referencje – przekazane wraz z wyjaśnieniami z dnia 06.12.2012 r. potwierdzają spełnienie wymogu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania - minimum 1 usługi polegającej na wykonaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla zadania budowy/rozbudowy/przebudowy drogi klasy min. „Z”.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....