

Sygn. akt: KIO 1001/20

## WYROK

z dnia 3 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gliwice,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum:

Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., z siedzibą w Gliwicach oraz Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., z siedzibą w Gliwicach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach

tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach na rzecz zamawiającego Miasta Gliwice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 180 zł 00 gr (słownie: sto osiemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1001/20

#### UZASADNIENIE

W dniu 11 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Miastu Gliwice (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy Pzp, tj. MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach - Pełnomocnik (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z siedzibą w Gliwicach Partner Konsorcjum: dalej zwanych łącznie „Konsorcjum Mostostal Zabrze”, „Przystępujący” lub „Przystępujący Mostostal” pomimo, iż Konsorcjum Mostostal Zabrze nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dot. osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót mostowych;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Mostostal Zabrze pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub zataił informacje, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej dot. osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót mostowych; ewentualnie,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Mostostal Zabrze pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie spełniania przez Konsorcjum Mostostal Zabrze warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej dot. osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót mostowych;
- 4) ewentualnie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mostostal Zabrze do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w wykonaniu roboty budowlanej polegającej na: budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB wskazanym w dziale nr 12 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) o wartości robót budowlanych co najmniej 30 000 000,00 zł brutto każda, pomimo, iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania tego warunku;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Mostostal Zabrze, pomimo iż, podmiot, który brał udział w przygotowaniu postępowania, tj. sporządził dokumentację projektową jest powiązany kapitałowo i osobowo, z Liderem Konsorcjum Mostostal Zabrze, tj. Spółką Akcyjną MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego z siedzibą w

Gliwicach, co wypełnia przesłanki ww. przepisu, skutkujące koniecznością wykluczenia Konsorcjum Mostostal Zabrze z postępowania;

6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) powtórzenia czynności badania i oceny ofert; (iii) wykluczenia Konsorcjum Mostostal Zabrze z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę; ewentualnie (iv) wezwania wykonawcy Konsorcjum Mostostal Zabrze do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w wykonaniu roboty budowlanej polegającej na: budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB wskazanym w dziale nr 12 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) o wartości robót budowlanych co najmniej 30 000 000,00 zł brutto każda; (v) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, co następuje:

Zarzut niewykazania przez Konsorcjum Mostostal Zabrze spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, w zakresie potencjału osobowego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują „1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w zakresie kierowania budową lub przebudową co najmniej jednego podziemnego przejścia dla pieszych o długości przejścia (część eksploatacyjna przejścia) co najmniej 10 mb.” - kierownik robót mostowych.

Odwołujący wskazał, że na stanowisko kierownika robót mostowych Konsorcjum Mostostal Zabrze wskazało Pana W. C.. W celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia zawodowego kierownika robót mostowych Konsorcjum Mostostal Zabrze złożyło następujące oświadczenie:

„w zakresie kierowania budową lub przebudową podziemnego przejścia dla pieszych o długości przejścia (część eksploatacyjna przejścia) co najmniej 10 mb - liczba przejść dla pieszych 1 (proszę wskazać liczbę)

- podziemne przejście dla pieszych nr 1

- zakres: budowa (proszę wskazać, czy doświadczenie dotyczyło kierowania budową lub przebudową);

nazwa zadania: Budowa obwodnicy Zembrzyc

- podmiot na rzecz którego kierowano budową lub przebudową: Mota - Engil Central Europę S.A

- długość przejścia (części eksploatacyjnej przejścia): Obiekt M002 - 34 mb Obiekt M004

- 34 mb (proszę wskazać liczbę metrów bieżących)"

Odwołujący wskazał, że w toku oceny ofert, Zamawiający powziął wątpliwości, czy faktycznie w ramach wskazanej inwestycji zostało wykonane przejście dla pieszych. W związku z powyższym zwrócił się z zapytaniem wprost do twórcy - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie. Zamawiający w piśmie wskazał: „Celem weryfikacji spełnienia przez podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowaniu proszę o informację, czy wskazana inwestycja obejmowała swoim zakresem budowę lub przebudowę co najmniej

jednego podziemnego przejścia dla pieszych o długości przejścia (część eksploatacyjna przejścia) co najmniej 10 mb. Wykonawca wykazał dwa obiekty oznaczone jako: M002- 34 mb i M004 - 34 mb. Natomiast z informacji prasowych [np. ] wynika, że w ramach inwestycji zostały wykonane dwa obiekty - przejazdy tunelowe, a nie przejścia podziemne dla pieszych. Mając na względzie powyższe zwracam się z prośbą o informację, czy w ww. przejazdach tunelowych były wykonane również przejścia dla pieszych, tj. czy przejazdy tunelowe zostały również udostępnione dla ruchu pieszego?"

Odwołujący wskazał, że ZDW w Krakowie poinformował w piśmie nr ZDW/PW/2020/4197/DN-4/IGN z dnia 16.04.2020 r. iż w ramach zadania pn. Obwodnica Zembrzyc wykonane zostały pod drogą wojewódzką w ciągu trasy obwodowej trzy przejazdy gospodarcze M-1 z blachy falistej oraz dwa przejazdy żelbetowe M-2 i M-3 o długości całkowitej ok. 35 m każdy, którymi na zasadach ogólnych mogą poruszać się piesi.

W ocenie Odwołującego pomimo, iż z odpowiedzi ZDW w Krakowie jednoznacznie wynikało, iż w ramach przedmiotowej inwestycji nie wykonano podziemnego przejścia dla pieszych, Zamawiający zamiast stwierdzić, że Konsorcjum Mostostal Zabrze wprowadziło go w błąd, uznał warunek za spełniony. Takie działanie Zamawiającego narusza nie tylko art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp, ale również wyrażoną w art. 7 zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego określając warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający jednoznacznie wymagał doświadczenia w zakresie „podziemnego przejścia dla pieszych”.

- a) Zamawiający nie wymagał doświadczenia w zakresie „przejazdów z możliwością poruszania się pieszych na zasadach ogólnych”.
- b) „Przejazdy gospodarcze” a „podziemne przejścia dla pieszych” są obiektami o zupełnie innej zasadniczej funkcji. W przejazdach gospodarczych podstawową funkcją jest umożliwienie przejazdu pojazdom gospodarczym np. sprzętowi rolniczemu. W przypadku „przejęć dla pieszych” podstawową funkcją jest umożliwienie ruchu pieszym, a nie pojazdom.
- c) Budowa podziemnych przejść dla pieszych najczęściej wiąże się z koniecznością stosowania innego wyposażenia obiektu, którego zazwyczaj nie stosuje się w przejazdach gospodarczych np. odpowiedniego oświetlenia, wentylacji, schodów dla przejść podziemnych, pochylni dla niepełnosprawnych, dźwigów dla osób niepełnosprawnych, pochwyty na schodach, balustrad, wygradzeń.
- d) Częstokroć w przejściach podziemnych instaluje się system monitoringu, schody ruchome dla niepełnosprawnych, oznakowanie dotykowe dla niepełnosprawnych, co nie występuje w przejazdach gospodarczych.

Odwołujący wskazał, że przejście podziemne, które będzie realizowane w ramach przedmiotowego zamówienia, będzie zawierało, oprócz konstrukcji, także szereg rozbudowanych instalacji, czego na pewno nie miały przejścia wykazane przez Konsorcjum Mostostal Zabrze. Zgodnie ze złożonym kosztorysem, przejście będzie zawierało następujące elementy:

- a. Podziemne przejście dla pieszych - Część architektoniczna
- b. Podziemne przejście dla pieszych - Część konstrukcyjno - budowlana,
- c. Podziemne przejście dla pieszych - Instalacje wodno - kanalizacyjne,
- d. Podziemne przejście dla pieszych - część instalacyjna HVAC,
- e. Podziemne przejście dla pieszych - część elektryczna,
- f. Podziemne przejście dla pieszych - instalacje niskoprądowe,
- g. Podziemne przejście dla pieszych - system sygnalizacji pożaru.

W ocenie Odwołującego, jak wynika z powyższych informacji, „podziemne przejścia dla pieszych” i „przejazdy gospodarcze” charakteryzują się zupełnie inną funkcją, wyposażeniem i wymagają innego doświadczenia w celu ich zrealizowania.

Odwołujący wskazał, że art. 3 pkt 3) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zawiera wyraźne rozróżnienie pomiędzy takimi obiektami jak mosty, wiadukty, estakady, tunele, konstrukcje oporowe, a nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych. Przejazdy gospodarcze z blachy falistej i żelbetowe zaliczamy do tuneli. Podziemne przejście dla pieszych, stanowi, w świetle Prawa budowlanego, osobny rodzaj budowli. Również, w Załączniku do ustawy Prawo budowlane, zawierającym podział obiektów na kategorie budowlane, Ustawodawca wyraźnie rozróżnia przejścia podziemne i tunele. Przejazdy gospodarcze z blachy falistej i żelbetowe zaliczamy do tuneli, które nie są przejściami podziemnymi.

a) Kategoria XXVIII obejmuje: drogowe i kolejowe obiekty mostowe, jak: mosty, estakady, kładki, przejścia podziemne, wiadukty, przepusty, tunele

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że również par. 2 pkt 2 rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 63 poz. 735), rozróżnia tunele i przejścia podziemne.

a) przez tunel rozumie się budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne,

b) przejście podziemne jest szczególnym typem tunelu przeznaczonym do przeprowadzenia samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego.

c) Zgodnie z powyższą definicją przejście podziemne jest tunelem, ale tunel nie zawsze jest przejściem podziemnym. Tak jest w przypadku przedmiotowych obiektów M-1, M-2 i M-3, iż są one tunelami, ale nie są przejściami podziemnymi. W powyższej definicji występuje słowo „samodzielnego” które jednoznacznie wskazuje, że przejście podziemne służy do samodzielnego przeprowadzenia ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego. W przypadku obiektów M-1, M-2 i M-3 nie mamy do czynienia z samodzielnym ciągiem pieszym lub pieszo-rowerowym lecz zasadniczą funkcją obiektów jest przejazd gospodarczy.

W ocenie Odwołującego przejazdy gospodarcze wybudowane w ramach przedmiotowej inwestycji, nie stanowią przejść dla pieszych, również w rozumieniu Prawa o ruchu drogowym. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 11) ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2020 poz. 110) przez przejście dla pieszych należy rozumieć powierzchnię jezdni, drogi dla rowerów lub torowiska przeznaczoną do przechodzenia przez pieszych, oznaczoną odpowiednimi znakami drogowymi (tu: znak D 35 - podziemne przejście dla pieszych). Zgodnie z wiedzą Odwołującego ww. przejazdy, nie zostały oznakowane odpowiednimi znakami.

W ocenie Odwołującego Zamawiający wyraźnie wymagał doświadczenia w wykonaniu podziemnego przejścia dla pieszych, a nie przejazdów, które taką funkcję mogą pełnić jedynie „na zasadach ogólnych”. Odwołujący powołała się na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 2016-11-22, sygn. X Ga 457/16.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, ponieważ w wykazie osób Konsorcjum Mostostal Zabrze jednoznacznie potwierdziło, iż takie podziemne przejście dla pieszych zostało wykonane w ramach wskazanej inwestycji, to oznacza, iż podało informacje nieprawdziwe, wprowadzające Zamawiającego w błąd. Biorąc z kolei pod uwagę, że informacje te zostały podane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może budzić wątpliwości, że miały one istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przede wszystkim na decyzję o dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Mostostal Zabrze, jako oferty najkorzystniejszej.

Stosownie do art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawcę, jeżeli spełnione zostały następujące przesłanki:

- zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo Wykonawcy
- wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu;

a) zamierzone działanie - Konsorcjum Mostostal Zabrze podało nieprawdziwe informacje w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

b) wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu - Wykonawca nie wyjaśnił w Wykazie, iż w ramach ww. inwestycji został wykonany przejazd, a nie podziemne przejście dla pieszych, tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd co do przedmiotu, który został wykonany w ramach zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż przesłanka zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wskazuje, iż podanie informacji wprowadzających w błąd, nie musi mieć wpływu na wynik postępowania. Tym samym, sam fakt podania informacji wprowadzających w błąd, co do okoliczności związanych z wykazywaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W ocenie Odwołującego nawet jeśli działanie Konsorcjum Mostostal nie było zamierzone, ani spowodowane rażącym niedbalstwem, to niewątpliwie, wypełnia przesłanki wymienione w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Mostostal Zabrze nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania osobą na stanowisko Kierownika robót mostowych legitymującą się doświadczeniem przy budowie podziemnego przejścia dla pieszych, a jednocześnie przedstawiło w Wykazie osób informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, iż takie przejście zostało wykonane. W konsekwencji Konsorcjum Mostostal Zabrze podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący jednocześnie wskazał, że brak jest podstaw do zastosowania w stosunku do Konsorcjum Mostostal Zabrze, w tym zakresie, procedury uzupełnienia dokumentów określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z tym przepisem uzupełnieniu podlegają dokumenty i oświadczenia, które nie zostały złożone, są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości. Wykaz osób przedstawiony przez Konsorcjum Mostostal Zabrze nie spełniają żadnej z tych przesłanek, a zawarta w nim informacja dotycząca omawianej inwestycji nie jest niekompletna ani nie zawiera błędów, tylko jest po prostu nieprawdziwa.

Zarzut niewykazania przez Konsorcjum Mostostal Zabrze spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i zarzut ewentualny zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Mostostal Zabrze nie wykazało spełniania również

warunku wymaganego doświadczenia.

Warunek był następujący - Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 10 lat upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na: budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB wskazanym w dziale nr 12 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) o wartości robót budowlanych co najmniej 30 000 000,00 zł brutto każda.

Konsorcjum Mostostal Zabrze wykazało się budową 1 budynku w ramach zamówienia „Budowa budynku Wydziału Radia i Telewizji im. Krzysztofa Kieślowskiego Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.” Tymczasem z brzmienia warunku jednoznacznie wynika, iż Zamawiający wymagał doświadczenia w zrealizowaniu co najmniej jednej roboty polegającej na budowie lub przebudowie kilku budynków. Użycie przez Zamawiającego liczny mnogiej oznacza, iż w ramach jednej roboty budowlanej musiały zostać wybudowane lub przebudowane co najmniej dwa budynki. W ocenie Odwołującego takie rozumienie warunku jest również zgodne z opisem przedmiotu zamówienia przedmiotowej inwestycji. Przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje bowiem budowę kilku budynków: m.in. budynek główny, budynek pomocniczy i budynek stacji trans.

W ocenie Odwołującego nie tylko literalne brzmienie warunku, w którym Zamawiający użył liczby mnogiej, ale również jego interpretacja celowościowa, związana w przedmiocie inwestycji, jednoznacznie wskazują, iż wykonawcy mieli obowiązek wykazać się doświadczeniem w budowie/przebudowie, co najmniej dwóch budynków, w ramach jednej roboty budowlanej.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum Mostostal Zabrze nie potwierdziło spełnienia tego warunku. W konsekwencji, Zamawiający winien wezwać w tym zakresie Konsorcjum Mostostal Zabrze do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie będzie jednak niezasadne w przypadku potwierdzenia się pozostałych zarzutów odwołania.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Mostostal Zabrze z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, 19) z postępowania wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Poza sporem pozostaje okoliczność, iż dokumentację projektową, przedmiary, specyfikacje techniczne oraz kosztorysy inwestorskie, przygotowała Spółka Akcyjna MOSTOSTAL ZABRZE Biprohut - spółka powiązana z Konsorcjum, Budownictwa Przemysłowego S. A. Pomimo tego, Konsorcjum Mostostal Zabrze w dokumencie JEDZ podało, iż takie powiązania nie istnieją. Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień, Konsorcjum Mostostal Zabrze potwierdziło istnienie powiązań kapitałowych pomiędzy ww. podmiotami, jednak wyjaśniło, iż przy wypełnianiu dokumentu JEDZ kierowało się instrukcją UZP, z której wynika, iż w tym przypadku, należy brać pod uwagę brzmienie ustawy Pzp, a nie JEDZ.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Mostostal Zabrze, w swoich wyjaśnieniach pominęło jednak okoliczność, iż oprócz powiązań kapitałowych pomiędzy tymi spółkami istnieją również powiązania osobowe, które, zdaniem Odwołującego, wskazują na zaistnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) Pzp.

a) Panowie D. P. i W. G., będący jedynymi członkami zarządu Spółki Mostostal Zabrze

S.A. z siedzibą w Gliwicach (spółki „matki” dla obu powiązanych podmiotów) są jednocześnie członkami Rady Nadzorczej, w obu podmiotach, tj. MOSTOSTAL

ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna i MOSTOSTAL ZABRZE Biprohut S.A.

b) Jednocześnie Spółka Akcyjna Mostostal Zabrze z siedzibą w Gliwicach, jest jedynym akcjonariuszem w MOSTOSTAL ZABRZE Biprohut S.A. i (zgodnie z informacją na stronie internetowej) posiada 96,73% akcji w Spółce Akcyjnej MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego.

Powyższe powiązania, zdaniem Odwołującego, wypełniają przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 19) Pzp. Doświadczenie życiowe wskazuje bowiem, że spółki z tej samej grupy kapitałowej, zarządzane lub nadzorowane przez te same osoby, współpracują ze sobą, szczególnie w sytuacjach ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Doświadczenie życiowe wskazuje zatem na to, iż Konsorcjum Mostostal Zabrze, w toku przygotowania oferty posłużyło się osobami, które brały udział w przygotowaniu postępowania. Nie bez znaczenia dla oceny zaistniałej sytuacji pozostaje również treść dyrektywy. Artykuł 41 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, wskazuje na katalog podmiotów, których zaangażowanie w przygotowanie postępowania generuje zakłócenie uczciwej konkurencji. Do podmiotów tych należy nie tylko kandydat czy oferent, ale również przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem. Z taką sytuacją mamy niewątpliwie do czynienia w przypadku przedmiotowego postępowania - dokumentację postępowania przygotował podmiot powiązany z wykonawcą. Przy czym dyrektywa, nie wymaga w tym zakresie wskazywania na udział w przygotowaniu postępowania konkretnych osób. Wystarczający jest tu fakt istnienia powiązań pomiędzy podmiotem, który brał udział w przygotowaniu postępowania, a podmiotem ubiegającym się o uzyskanie zamówienia.

Konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, zarówno w przypadku postanowień dyrektywy, jak również regulacji krajowych zachodzi wtedy, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia tego nie można wyeliminować w inny sposób, niż przez wykluczenie z postępowania Konsorcjum Mostostal Zabrze, z uwagi na następujące okoliczności:

- a) Przedmiot zamówienia umożliwia wykonawcom (Punkt V SIWZ) zaproponowanie innych niż wyszczególnione w dokumentacji rozwiązań z zachowaniem odpowiednich równoważnych parametrów technicznych dla osiągnięcia oczekiwanej funkcjonalności całego układu będącego przedmiotem zamówienia, z zapewnieniem uzyskania wszelkich ewentualnie wymaganych uzgodnień, w tym zaakceptowania zmian materiałowych przez projektanta i Zamawiającego.
- b) Zgodnie z treścią Umowy Wykonawca jest zobowiązany do wykonania wszelkich projektów warsztatowych, montażowych, technologicznych niezbędnych dla realizacji zamówienia. Projekty te muszą następnie uzyskać akceptację Zamawiającego i Nadzoru autorskiego.
- c) Podczas wykonywania ww. projektów, wykonawca ma możliwość zaprojektowania takich rozwiązań, które wpłyną m.in. poziom opłacalności całej inwestycji. Fakt, posiadania po swojej stronie podmiotu pełniącego Nadzór autorski, niewątpliwie stawia Konsorcjum Mostostal Zabrze w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców.
- d) Uprzywilejowaną pozycję można zauważyć również na etapie złożenia oferty, bowiem Konsorcjum Mostostal Zabrze, wiedząc, iż przewidywane przez niego rozwiązania będą, na etapie realizacji zamówienia, podlegały akceptacji przez Spółkę powiązaną, miało możliwość uwzględnić i odpowiednio je wycenić, już w ofercie.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, oczywistym jest, iż wykonawca powiązany z autorem dokumentacji i osobami sprawującymi Nadzór autorski jest w uprzywilejowanej pozycji w



stosunku do innych wykonawców, a naruszenia wynikającej z tego faktu zasady uczciwej konkurencji, nie można wyeliminować w sposób inny niż przez wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) Opinię techniczną w sprawie rozumienia pojęcia podziemnego przejścia dla pieszych i oceny charakteru

obiektów referencyjnych Praca U-785/RB6/2020, opinie Infokoszt P. M. z dnia 8 czerwca 2020

r. oraz opinię - Interpretacja techniczna pojęcia przejścia podziemnego dla pieszych wraz z oceną obiektów referencyjnych K. C. (dalej łącznie „Opinie”) na okoliczność wykazania, że brak jest w obowiązujących przepisach definicji podziemnego przejścia dla pieszych, że obiekty referencyjne mogą zostać uznane za przejścia dla pieszych oraz spełniają wymogi tunelu przeznaczonego dla przejścia dla pieszych, w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie; (ii) zdjęcia tunelu - obiektu referencyjnego na okoliczność wykazania, iż są one wykorzystane jako podziemne przejścia dla pieszych; (iii) mapę przedstawiającą przejazdy w ramach zadania pn. „Obwodnica Zembrzyc” oraz zdjęcia dwóch przejazdów żelbetonowych wykonanych w ramach powyższego zadania na okoliczność wykazania, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia kierownika robót mostowych; (iv) dokumentacje dotyczącą zadania pn.: „Budowa Wydziału Radia i Telewizji Uniwersytetu Śląskiego” na okoliczność wykazania, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach.

W Rozdziale 9 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał m.in.

Pkt 3: Zdolność techniczna lub zawodowa Określenie warunku:

Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na: budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB wskazanym w dziale 12 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr i 12, poz. 1316 z późn. zm.) o wartości robót budowlanych co najmniej zł brutto każda.

O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to znaczy będą dysponować co najmniej:

g) 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w zakresie kierowania budową lub przebudową co najmniej jednego podziemnego przejścia dla pieszych o długości przejścia co najmniej 10 mb.

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców. W wyniku przeprowadzonego procesu badania i oceny ofert za najkorzystniejsza została uznana oferta

Przystępującego Mostostal.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20 marca 2020 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów dotyczące braku podstaw do wykluczenia i potwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 27 marca 2020 r. Przystępujący

Mostostal złożył wymagane dokumenty. Przystępujący złożył m.in. Załącznik nr 9 - Wykaz osób. Przystępujący na stanowisko kierownika robót mostowych wskazał Pana W. C. . W celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia zawodowego kierownika robót mostowych Przystępujący złożyło następujące oświadczenie: „w zakresie kierowania budową lub przebudową podziemnego przejścia dla pieszych o długości przejścia (część eksploatacyjna przejścia) co najmniej 10 mb - liczba przejść dla pieszych 1 (proszę wskazać liczbę)

- podziemne przejście dla pieszych nr 1

- zakres: budowa (proszę wskazać, czy doświadczenie dotyczyło kierowania budową lub przebudową); nazwa zadania: Budowa obwodnicy Zembrzyc

- podmiot na rzecz którego kierowano budową lub przebudową: Mota - Engil Central Europę S.A.

- długość przejścia (części eksploatacyjnej przejścia): Obiekt M002 - 34 mb Obiekt M004

- 34 mb (proszę wskazać liczbę metrów bieżących)".

Przystępujący złożył również Załącznik nr 9 - Wykaz robót budowlanych. W Wykazie Przystępujący w celu wykazania doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB wskazanym w dziale nr 12 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) o wartości robót budowlanych co najmniej 30 000 000,00 zł brutto każda, powołał się na realizację inwestycji Budowa budynku Wydziału Radia i Telewizji im. Krzysztofa Kieślowskiego Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

Izba ustaliła, iż w toku badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający zwrócił pismem z dnia 9 kwietnia 2020 r. się z zapytaniem do inwestora - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie o zakres prac wykonanych przez Przystępującego. Zamawiający w piśmie wskazał: „Celem weryfikacji spełniania przez podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowaniu proszę o informację, czy wskazana inwestycja obejmowała swoim zakresem budowę lub przebudowę co najmniej jednego podziemnego przejścia dla pieszych o długości przejścia (część eksploatacyjna przejścia) co najmniej 10 mb. Wykonawca wykazał dwa obiekty oznaczone jako: M002- 34 mb i M004 - 34 mb. Natomiast z informacji prasowych [np. ] wynika, że w ramach inwestycji zostały wykonane dwa obiekty - przejazdy tunelowe, a nie przejścia podziemne dla pieszych. Mając na względzie powyższe zwracam się z prośbą o informację, czy w ww. przejazdach tunelowych były wykonane również przejścia dla pieszych, tj. czy przejazdy tunelowe zostały również udostępnione dla ruchu pieszego?"

Pismem z dnia 16 kwietnia 2020 r. ZDW w Krakowie wskazało, iż w ramach zadania pn. Obwodnica Zembrzyc wykonane zostały pod drogą wojewódzką w ciągu trasy obwodowej trzy przejazdy gospodarcze M-1 z blachy falistej oraz dwa przejazdy żelbetowe M-2 i M-3 o długości całkowitej ok. 35 m każdy, którymi na zasadach ogólnych mogą poruszać się piesi.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 24 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego Mostostal. Oferta Odwołującego została skalsyfikowana na miejscu drugim.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W przypadku potwierdzenia się zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy. Odwołujący podczas posiedzenia z udziałem stron złożył oświadczenie o cofnięciu powyższego zarzut.

W ocenie Izby odwołanie podlegało oddaleniu w pozostałym zakresie.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający naruszył powyższe przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego Mostostal z postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać należy na wstępne, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Takie bowiem określenie warunków udziału w postępowaniu umożliwia otwarcie rynku dla wykonawców, którzy swoimi doświadczeniem gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.

Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tak aby w sposób niezasadny nie ograniczały dostępu wykonawcom do rynku zamówień publicznych. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje czy interpretacje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp.

Zaznaczyć również należy, że to zamawiający odpowiada za kształt SIWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny wobec tego być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał od przyszłego kierownika robót mostowych doświadczenia w postaci kierowania budową lub przebudową co najmniej jednego

podziemnego przejścia dla pieszych o długości przejścia (część eksploatacyjna przejścia) co najmniej 10 mb. Spór zaś pomiędzy stronami dotyczył wykładni zapisu „przejścia podziemnego dla pieszych”. Każda ze stron prezentowała odmienne stanowisko co do rozumienia ww. wymagania Zamawiającego, wywodząc w konsekwencji odmienny zakres wymaganego doświadczenia kierownika robót mostowych.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że w omawianym stanie faktycznym Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia „przejście podziemne dla pieszych”. Zamawiający nie odwołał się do żadnych regulacji prawnych, przepisów ustawy, nie udzielił w tym zakresie żadnych wskazówek wykonawcom jak należy interpretować powyższy wymóg. Zamawiający nie skorzystał z możliwości dookreślenia swojego wymagania ani poprzez przytoczenie ani poprzez powołanie się na przepisy prawa. Izba stoi na stanowisku, że przy braku zdefiniowania, dookreślenia przez Zamawiającego spornych zapisów SIWZ, należy im nadać znaczenie ogólne przyjęte, z uwzględnieniem specyfiki branży do której pojęcie to odnosi się. Pojęcie przejście podziemne dla pieszych powszechnie rozumiane jest jako konstrukcja, budowla zapewniająca możliwość pod określonym przebiegającym na powierzchni lub budowli mostowej. Realizowane jest poprzez odpowiedni gólb, przy czym ruch pieszy odbywa się w tunelu lub pod wiaduktem. Odnosząc pojęcie „przejścia podziemnego dla pieszych” do branży budowlanej i przepisów prawnych regulujących szeroko pojętą branżę budowlaną, to wskazać, należy, że w obowiązujących przepisach prawa brak jest definicji podziemnego przejścia dla pieszych. Ustawodawca odwołuje się do pojęcia podziemnego przejścia dla pieszych w różnych aktach prawnych, nie nadając mu jednak odrębnej samodzielnej definicji. Wskazać w tym zakresie należy na następujące regulacje:

Zgodnie z rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (dalej „Rozporządzenie w sprawie warunków technicznych”), do obiektów inżynierskich zalicza się:

- 1) obiekty mostowe,
- 2) tunele,
- 3) przepusty,
- 4) konstrukcje oporowe.

Rozporządzenie w sprawie warunków technicznych nie wyszczególnia podziemnego przejścia dla pieszych jako odrębnego typu obiektu inżynierskiego. Nie zawiera również definicji podziemnego przejścia dla pieszych. Zgodnie z ww. Rozporządzeniem ruch pieszych jest dopuszczony na obiektach mostowych lub w tunelach (§88 ust. 1 ww. rozporządzenia), zatem funkcję podziemnego przejścia dla pieszych w rozumieniu ww. rozporządzenia spełniają tunele. Aby tunel mógł zostać przeznaczony do ruchu pieszych pod drogą (czyli mógł stanowić podziemne przejście dla pieszych) jego szerokość jako obiektu inżynierskiego powinna być dostosowana do natężenia ruchu pieszych i długości przeszkody oraz zapewnić niezbędną skrajnię, warunki widoczności i wygodę użytkowników (§62 ust. 1 ww. rozporządzenia). Przekrój tunelu, w którym dopuszczony jest ruch pieszych, powinien zapewniać zachowanie skrajni chodnika wynikającej z warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. W tym zakresie, zgodnie z §44 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (dalej „Rozporządzenie w sprawie dróg publicznych”), szerokość chodnika (skrajnia) w zależności od lokalizacji, powinna być nie mniejsza niż 1m w przypadku samodzielnego ciągu pieszego lub nie mniejsza niż 2,0 m dla chodnika przy jezdni, przy czym dopuszcza się miejscowe zmniejszenie szerokości chodnika odpowiednio do 1 oraz 1,25 m. Natomiast szerokość pasa ruchu dla dróg klasy L na terenie zabudowy wynosi od 2,50 do 3,00 (w zabudowie jednorodzinnej), a więc minimalna szerokość tunelu, w którym dopuszczony jest ruch pieszych, wynosi 5,0m (3,00m + 2,00m). Na drogach klasy L w strefie zamieszkania (zabudowy) może nie być wyodrębnionej jezdni i chodników (§43 ust. 2 ww. rozporządzenia). Wysokość skrajni nad chodnikiem powinna być nie mniejsza niż 2,50m (§54 ust. 4 ww. rozporządzenia).

Odnosząc powyższe do obiektów referencyjnych wskazanych przez Przystępującego, Izba dała wiarę twierdzeniom Przystępującego, popartym wnioskami zawartymi w Opiniach

złożonych do akt sprawy, iż obiekty referencyjne spełniają wymagania dla tunelu (przejścia podziemnego) przeznaczanego dla ruchu pieszych. Jak wynika z Opinii, szerokość w świetle obiektu M002 oraz M004 wynosi 6,80 m, a wysokość w świetle wynosi 3,95m. Ponadto przez obiekt M002 przebiega droga wewnętrzna dla mieszkańców, z zakazem wjazdu pojazdów o rzeczywistej masie całkowitej ponad 1,5t. Tym samym oba ww. obiekty spełniają wymagania dla tunelu pełniącego również funkcję podziemnego przejścia dla pieszych. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił dowodów ani argumentów przeciwnych.

Wskazać dalej należy na przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. W art. 3 pkt 3) ustawy, ustawodawca wskazał, że każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak mosty, wiadukty, estakady, tunele, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, kwalifikuje jako budowlę. Ustawa ta nie zawiera definicji podziemnego przejścia dla pieszych, natomiast zawarta w Prawie budowlanym definicja obiektu budowlanego jest definicją negatywną (każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury). Zgodnie z artykułem 5 ust. 1 ustawy Prawo budowlane obiekt budowlany należy projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych. Do przepisów techniczno-budowlanych, wydanych na podstawie artykułu 7 ust. 2 Prawa budowlanego, zalicza się między innymi Rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, które, jak Izba wskazała powyżej, w §1 ust. 2 nie wyszczególnia podziemnego przejścia dla pieszych jako odrębnego typu obiektu inżynierskiego. Drogowe obiekty inżynierskie stanowią jedynie obiekty mostowe, tunele, przepusty, konstrukcje oporowe. Ponadto ww. rozporządzenie definiuje tunel jako budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrowek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne. Definicja ta odpowiada definicji tunelu zawartej w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, która w art. 4 pkt 14) (dalej „Ustawa o drogach publicznych”) definiuje tunel jako budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrowek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji przez przeszkodę terenową lub pod nią, w tym przejście podziemne.

W ocenie Izby przywołane wyżej przepisy potwierdzają stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, iż po pierwsze, nie ma definicji „podziemnego przejścia dla pieszych”. Po drugie, iż podziemne przejście dla pieszych jest kategorią podrzędną (zawężoną) do tuneli. Innymi słowy, podziemne przejście dla pieszych jest tunelem czyli obiektem inżynierskim, w którym dopuszczony jest ruch pieszych. Przejścia takie należy projektować i budować według przepisów techniczno - budowlanych dotyczących tuneli, określonych w warunkach technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, iż obiekty referencyjne na jakie powołał się Przystępujący nie pełnią funkcji i być wykorzystywane jako podziemne przejścia dla pieszych. Argumentacja Odwołującego, w ocenie Izby, w zasadniczej części sprowadzała się do analizy nazewnictwa obiektów budowlanych, nie zaś funkcji jakie mają one spełniać. Nie ulega w ocenie Izby wątpliwości, że przy braku jednoznacznego zdefiniowanie w aktach prawnych jak i w SIWZ pojęcia „podziemne przejście dla pieszych”, pojęcie to należy rozumieć tak jak wskazała to Izba powyższej tj. jako budowlę, konstrukcję umożliwiającą podziemne poruszanie się pieszych pod określonym szlakiem komunikacyjnym. Irrelevantne, w ocenie Izby, są rozważania Odwołującego dotyczące nazewnictwa. Zasadnicze znaczenie bowiem ma ustalenie czy obiekty referencyjne, mając na uwadze, przywołane powyżej przepisy prawne i postanowienia SIWZ, spełniają funkcję podziemnego przejścia dla pieszych. W ocenie Izby nie ma dowodów na przyjęcie, iż obiekty referencyjne takiej funkcji spełniać nie mogą. Jeśli zaś takie funkcje posiadają tj. służą jako podziemne przejścia dla pieszych to takimi przejściami są. Okoliczność, iż obiekty referencyjne pełnią podwójną funkcję tj. przejazdów gospodarczych i podziemnego przejścia dla pieszych jest irrelevantna w ocenie Izby i nie może decydować o spełnieniu przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż elementem koniecznym do zakwalifikowania danego obiektu budowlanego za przejście podziemne dla pieszych jest jego wyposażenie w szereg elementów tj. schodów do przejść podziemnych, pochylni dla niepełnosprawnych, dźwigów dla osób niepełnosprawnych, oświetlenie, monitoring. Takich wymogów Zamawiający nie określił w SIWZ. Zamawiający, formułując wymagania związane z doświadczeniem kierownika robót mostowych w zakresie budowy podziemnego przejścia dla pieszych, nie określił, w jakie elementy wyposażenia musi być wyposażony obiekt referencyjny, aby postawiony warunek doświadczenia kierownika robót mostowych był spełniony. Wobec powyższego brak dodatkowego wyposażenia, w tym brak systemu monitoringu, schodów ruchomych dla niepełnosprawnych czy oznakowania dotykowego dla niepełnosprawnych, nie może być podstawą do oceny, czy wskazane przez Przystępującego

obiekty są tunelami przeznaczonymi do ruchu pieszych pod drogą i czy pełnią funkcji podziemnego przejścia dla pieszych.

Odnosząc się natomiast do podniesionej w odwołaniu kwestii oznakowania, wskazać należy, że przejście dla pieszych zdefiniowane w art. 2 pkt 11) ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym, na którą to definicję powołuje się Odwołujący (powierzchnia jezdni, drogi dla rowerów lub torowiska przeznaczona do przechodzenia przez pieszych) nie może być przywoływane w odniesieniu do drogowego obiektu inżynierskiego jakim jest tunel przeznaczony do ruchu pieszych. W tunelu takim (będącym podziemnym przejściem dla pieszych) ruch pieszych jest dopuszczony obok pasa jezdni, na pasie przeznaczonym dla ruchu pieszego, który w zależności od klasy drogi może być wydzielony lub nie. Innymi słowy powierzchnia pasa ruchu przeznaczonego dla pieszych nie może być powierzchnią jezdni, drogi dla rowerów lub torowiska.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że zgodnie z art. 10 ust. 10a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym, to podmioty zarządzające drogami ustalają organizację ruchu na tych drogach oraz stosują znaki i sygnały drogowe oraz zasady ich umieszczania wynikające z ustawy. Co oznacza, że w przypadku, gdyby obiekty wskazane przez konsorcjum Mostostal Zabrze, tj. przejazdy tunelowe (przejazdy gospodarcze) nie mogłyby służyć jako przejście dla pieszych (nie byłyby tunelami przeznaczonymi do ruchu pieszych), byłyby oznaczone odpowiednim znakiem, tj. B-41 — Zakaz ruchu pieszych. Tymczasem takim znakiem nie zostały oznaczone, zatem także w ocenie kompetentnego podmiotu zarządzającego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie mogą one służyć jako przejście dla pieszych (są tunelami przeznaczonymi do ruchu pieszych).

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż z pisma Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie wynika, że Przystępujący nie wykonał podziemnego przejścia dla pieszych. Zamawiający, zwracając się z zapytaniem wprost do inwestora — Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie, wskazał, że: „Mając na względzie powyższe zwracam się z prośbą o informację, czy w ww. przejazdach tunelowych były wykonane również przejścia dla pieszych, tj. czy przejazdy tunelowe zostały również udostępnione dla ruchu pieszego? Z powyższego zapytania wprost zatem wynika, że w ocenie samego Zamawiającego za podziemne przejście dla pieszych, o którym mowa w warunku, jak najbardziej można uznać także przejazdy tunelowe, które zostały udostępnione również dla ruchu pieszego. Przyjęcie takiej właśnie szerokiej interpretacji warunku było jedynym sposobem, aby Zamawiający mógł zniwelować skutki braku zdefiniowania w SIWZ co należy rozumieć przez podziemne przejście dla pieszych, względnie jakie warunki ma spełniać dany obiekt, aby Zamawiający uznał go za podziemne przejście dla pieszych. W ocenie Izby przyjęcie przez Zamawiającego wąskiej definicji podziemnego przejścia dla pieszych na obecnym etapie postępowania i eliminowanie z postępowania tych wykonawców, którzy do tej nigdzie i nigdy wcześniej nieprzedstawionej im definicji się nie dopasowali, naruszałoby podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia, w tym przede wszystkim wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W ocenie Izby wobec braku jakiegokolwiek definicji podziemnego przejścia dla pieszych, nie sposób przyjąć, że przejazdy z możliwością poruszania się pieszych na zasadach ogólnych takimi przejściami być nie mogą. Taka ocena wymagałaby bowiem istnienia precyzyjnego i jednoznacznego kryterium podziału na podziemne przejścia dla pieszych i przejazdy z możliwością poruszania się pieszych na zasadach ogólnych, niebędące podziemnymi przejściami dla pieszych, tymczasem takiego kryterium brak. Ponadto, z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, że Zamawiający zastrzegł, iż obiekty wskazane na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego kierownika robót mostowych nie mogą być obiektami „podwójnego zastosowania”, tj. służącymi zarówno ruchowi pieszych jak i ruchowi pojazdów. Bez wątpienia wyeliminowanie doświadczenia kierownika robót mostowych dotyczącego takiego typu obiektów wymagałoby wyraźnego zastrzeżenia w SIWZ. Jak Izba wskazała powyżej, warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne. Sposób wykładni spornego warunku udziału w postępowaniu dokonany przez Zamawiającego został przeprowadzony zgodnie z powyższymi regułami. Nie ulega wątpliwości, iż z punktu widzenia doświadczenia kierownika robót mostowych w świetle przedmiotowego zamówienia najistotniejszym jego elementem jest doświadczenie związane z konstrukcją obiektu budowlanego. Zarówno przejazdy gospodarcze M002 i M004 jak i projektowane przejście podziemne są konstrukcjami o podobnym stopniu skomplikowania i wymagają podobnego doświadczenia w ich realizacji. Elementy dodatkowe, postulowane przez Odwołującego, będą kierowane przez osoby posiadające odpowiednie doświadczenie. Podkreślenia wymaga, że kierownik robót mostowych (tj. osoba posiadająca uprawnienia

budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej) odpowiada jedynie za konstrukcję przejścia podziemnego, nie będzie natomiast ani wykonywać, ani nadzorować wykonywania ww. elementów wyposażenia przejścia podziemnego. Wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej uprawniają bowiem wyłącznie do kierowania robotami budowlanymi (konstrukcyjnymi) związanymi z obiektem budowlanym. Tym bardziej zatem brak w referencyjnych obiektach elementów wyposażenia, szczegółowo wskazanych w odwołaniu, nie może stanowić powodu do wykluczenia Przystępującego z postępowania, gdyż kierownik robót mostowych i tak nie kierowałby ich wykonaniem.

Tym samym w ocenie Izby obiekty wskazane w opisie doświadczenia Pana W. C. mogły być uznane za podziemne przejścia dla pieszych. Obiekty te są obiektami podziemnymi (sam Odwołujący kwalifikuje je jako tunele) oraz na zasadach ogólnych mogą się nimi poruszać piesi tj. umożliwiają pieszym przejście z jednej strony drogi na drugą (czyli przejścia dla pieszych).

W ocenie Izby przyjęcie forsowanego przez Odwołującego rozumienia podziemnego przejścia dla pieszych prowadziłyby do niemożliwych do zaakceptowania rezultatów. Gdyby bowiem przyjąć, jak tego chce Odwołujący, że przez podziemne przejście dla pieszych rozumie się wyłącznie budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, to okazałoby się, że kierownik robót mostowych, który kierował budową lub przebudową kilkuset metrowego tunelu pod miastem, w którym przebiega dwupasmowa droga oraz chodniki dla pieszych, czyli obiektu służącego zarówno ruchowi pieszych jak i ruchowi pojazdów, nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku i rzekomo nie posiada wystarczających kwalifikacji.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej kryteriami selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Natomiast na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższy zarzut jest ściśle powiązany z zarzutem niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału osobowego. Izba uznała, że Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, dokonując prawidłowej interpretacji postanowień SIWZ. Przesłanką konieczną do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp jest wykazanie przez wykonawcę tj. Odwołującego, iż doszło do przekazania przez innego wykonawcę informacji nieprawdziwych czyli niezgodnych z rzeczywistością. W analizowanym stanie faktycznym ta przesłanka nie została spełniona. Przedstawione przez Przystępującego informacje dotyczące doświadczenia Pana W. C. są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. W szczególności nie jest i nie było niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy wskazanie referencyjnych obiektów jako podziemnych przejść dla pieszych. Jak Izba uznała powyżej, Przystępujący miał pełne prawo przyjąć, iż referencyjne obiekty stanowią podziemne przejścia dla pieszych, zwłaszcza wobec braku jakiegokolwiek definicji tego pojęcia w SIWZ i obowiązujących przepisach, jak również wobec braku zastrzeżenia w SIWZ, że obiekty wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego kierownika robót mostowych nie mogą być obiektami „podwójnego zastosowania”, tj. służącymi zarówno ruchowi pieszych jak i ruchowi pojazdów. Tym samym, w ocenie Izby, nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22

ust. 1 b pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu  
dotyczącego doświadczenia określonego w Rozdziale 9 pkt 3

Zdaniem Odwołującego „Konsorcjum Mostostal Zabrze wykazało się budową 1 budynku w ramach zamówienia „Budowa budynku Wydziału Radia i Telewizji im. Krzysztofa Kieślowskiego Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach”, tymczasem z brzmienia warunku jednoznacznie wynika, iż Zamawiający wymagał doświadczenia w zrealizowaniu co najmniej jednej roboty polegającej na budowie lub przebudowie kilku budynków. Użycie przez Zamawiającego liczby mnogiej oznacza, iż w ramach jednej roboty budowlanej musiały zostać wybudowane lub przebudowane co najmniej dwa budynki”.

Izba nie podziela interpretacji spornego zapisu SIWZ zaprezentowanej przez Odwołującego. W ocenie Izby Zamawiający w treści warunku jednoznacznie wskazał, że wykonawca ma wykazać się wykonaniem jednej roboty budowlanej, której przedmiotem był którykolwiek z budynków określonych symbolem PKOB wskazanym w dziale nr 12 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.). Taka interpretacja pozostaje również w zgodzie z analizą pytań wykonawców oraz odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w toku wyjaśnienia zapisów SIWZ. Przytoczony zarówno przez Przystępującego jak i Zamawiającego proces finalizacji brzmienia omawianego warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie wskazuje, że celem Zamawiającego było „poluzowanie” wymagań tak, aby dopuścić jak największą liczbę wykonawców do udziału w postępowaniu. Gdyby zaś przyjąć interpretację zaprezentowaną przez Odwołującego, nastąpiłoby znaczne zawężenie dostępu wykonawców do udziału w postępowaniu. W ocenie Izby sformułowanie, którym posłużył się Zamawiający, pisząc o budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB wynikało natomiast tylko i wyłącznie z nazewnictwa stosowanego w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. nr 112, poz. 1316 z późn. zm.). W ww. klasyfikacji konsekwentnie posłużono się bowiem słowem „budynków” (a nie „budynek”), począwszy od nazwy Działu 12 („Budynki niemieszkalne”) poprzez poszczególne grupy i klasy, w których nazwach również używa się wyłącznie słowa „budynki”, np. w nazwie klasy nr 1241: „Budynki łączności, dworców i terminali”. Skoro zatem Zamawiający w warunku doświadczenia odwołał się do ww. klasyfikacji, to posłużył się również stosowanym w niej nazewnictwem. Z posłużenia się ww. nazewnictwem nie wynika jednak w żaden sposób, że w ramach każdej z wymaganych robót budowlanych wykonawca miał wykonać co najmniej dwa budynki.

W ocenie Izby przyjęta przez Odwołującego wykładnia warunku doświadczenia prowadziłyby niezasadnego ograniczenia udziału wykonawców w postępowaniu. Jak wskazał Przystępujący, w praktyce niezwykle rzadko zdarza się, aby jedna i ta sama robota budowlana obejmowała budowę lub przebudowę co najmniej dwóch budynków. Natomiast przypadki, w których jedna i ta sama robota budowlana obejmowałaby budowę lub przebudowę co najmniej dwóch budynków określonych symbolem PKOB wskazanym w dziale nr 12 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych „Budynki niemieszkalne”), są wręcz ekstremalnie rzadkie. Wymaganie takiego doświadczenia, gdyby Zamawiający faktycznie go wymagał, stanowiłoby bardzo istotne naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: .....



