Sygn. akt: KIO 2782/21

WYROK

z dnia 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 14 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 września 2021 roku przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu oraz „PROBUDOWA" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, przy udziale wykonawcy N.-Mosty spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu oraz „PROBUDOWA" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2782/21

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp (tj. w wariancie II), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa mostu na rz. Brzeźnica z dojazdami w ciągu drogi wojewódzkiej nr 298 w okolicy m. Nowogród Bobrzański". Numer Postępowania: ZDW-ZG-WZA-3318-19/2021

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 15 lipca 2021 r. nr 2021/BZP 00115094.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu oraz „PROBUDOWA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") 20 września 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 b) ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na brak spełnienia warunków udziału przez Odwołującego podczas gdy z całokształtu sprawy wynika, iż Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i brak było podstaw do odrzucenia jego oferty a w konsekwencji należało zaprosić Odwołującego do udziału w negocjacjach.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) zakwalifikowanie oferty Odwołującego do negocjacji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Zdaniem Odwołującego w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez Odwołującego nie zostałaby odrzucona, co w efekcie skutkowałoby tym, że oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W związku z tym w wyniku działania

Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę, gdyż utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że 13 września 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 15.1. d) 1) SWZ w zakresie budowy lub rozbudowy drogi klasy Z lub wyższej o długości min. 500 m.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z pkt. 15.1 d) 1) SWZ, Zamawiający w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagał wykazania przez wykonawców wykonania należycie w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) d) zdolności technicznej lub zawodowej;

W odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże minimalny poziom zdolności, tj.: 1) wykaże roboty budowlane* wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, tj.:

* przez robotę budowlaną zamawiający rozumie co najmniej 1 zadanie polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu inżynierskiego (z wyłączeniem kładek dla pieszych) klasy obciążenia A lub I o rozpiętości teoretycznej pojedynczego przęsła min. 20 mb i długości całkowitej obiektu min. 50 m oraz co najmniej 1 zadanie polegające na budowie lub rozbudowie drogi klasy „Z" lub wyżej o długości min. 500m."

Odwołujący wyjaśnił, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie 1 zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klasy „Z" lub wyższej o długości min. 500 m powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. firmy „ROTOMAT" Sp. z o.o. wskazując w tym celu zadnie pn. Budowa dróg rowerowych w al. Karkonoskiej i ul. Powstańców Śląskich w ramach projektu „Budowa dróg rowerowych we Wrocławiu - etap II". Następnie Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający uznał, iż wyżej wskazane zadanie nie potwierdza spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z uwagi, iż w ocenie Zamawiającego zadanie to nie dotyczy budowy lub rozbudowy drogi klasy Z lub wyższej o długości min. 500 m. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w tym celu powołał się na definicję z ustawy z dnia 21 marca 2985 r. o drogach publicznych, gdzie przywołał definicję drogi oraz drogi rowerowej. W tym miejscu Odwołujący wyjaśnił, iż w ramach realizacji wyżej wskazanego zadania została wykonana min. Rozbudowa ul. Karkonoskiej oraz ul. Powstańców Śląskich we Wrocławiu. W tym miejscu wskazać należy, iż rozbudowa w/w ulic dotyczyła min. ścieżek rowerowych. Niemniej jednak zgodnie z przywołaną przez Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego definicją drogi wskazaną w treści ustawy o drogach publicznych przez drogę należy rozumieć: budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym. Tym samym droga jest rozumiana również jako zespół urządzeń i instalacji stanowiąca całość techniczno-użytkową przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego.

Dodatkowo Odwołujący wskazał należy, iż zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1

pkt. 1 ustawy prawo o ruchu drogowym - „droga - 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".

Odwołujący wyjaśnił również, że w celu potwierdzenia, iż wyżej wskazane zadanie obejmowało rozbudowę drogi min. klasy „Z" o długości min. 500 m, Odwołujący w załączeniu przedkłada decyzję ZRID nr 10/18 z dnia 20.04.2018 r. na realizację w/w zadania wraz z Załącznikiem nr 1 stanowiącym mapę sytuacyjną obejmującą obszar całego realizowanego zadania. Jak wynika wprost z treści Załącznika nr 1 do w/w decyzji ZRID, w ramach tego zadania część odcinków drogi Karkonoskiej była uznana za realizowaną jako przebudowa natomiast część jako rozbudowa. Odcinek drogi wyszczególniony jako rozbudowa na rysunku D-3 i D-4 Załącznika nr 1 obejmuje odcinek drogi o długości około 512 m. Na pozostałych rysunkach widnieją zaznaczono kolejne odcinki realizowane jako rozbudowa drogi co sumarycznie potwierdza, iż w ramach przedmiotowego zadania została wykonana rozbudowa drogi o klasie co najmniej „Z" o łącznej długości około 1313 m.

Odwołujący w związku z powyższym uznał, że wniesienie odwołanie jest zasadne i konieczne.

11 października 2021 r. (za pośrednictwem poczty elektronicznej) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że w ramach inwestycji planuje się budowę nowego mostu o długości całkowitej (ze skrzydłami) ok 94,34 m wraz z dojazdami i rozbudowę drogi, która posiadać będzie nawierzchnię bitumiczną i wykonywana będzie częściowo po istniejącym śladzie drogi, a częściowo po nowym śladzie, zlokalizowanym bezpośrednio przy istniejącej drodze.

Wobec powyższego w związku z zakresem inwestycji - Zamawiający wyjaśnił, że jako jeden z warunków udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, opisany w SWZ pkt 15 ppkt d) 1), zmienionym w dniu 02.08.2021 r. — określił wykazanie się realizacją co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu inżynierskiego (z wyłączeniem kładek dla pieszych) klasy obciążenia A lub I o rozpiętości teoretycznej pojedynczego przęsła min. 20 mb i długości całkowitej obiektu min. 50 m oraz co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klasy „Z" lub wyżej o długości min. 500 m, wykonanymi nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z ustawą Pzp, w przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie warunek można było spełniać łącznie, tj. jeden podmiot mógł

wykazać się realizacją budowy lub przebudowy lub rozbudowy obiektu inżynierskiego, a drugi realizacją budowy lub rozbudowy drogi. W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli polegać na zdolnościach tego z wykonawców, który wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane.

Następnie Zamawiający wyjaśnił, że po przeanalizowaniu treści złożonej przez Odwołującego oferty, Zamawiający w dniu 25.08.2021 r. wezwał Odwołującego, na mocy art. 274 ust. 2 ustawy pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył załącznik nr 1 WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH w którym to wykazał zadanie pod nazwą: „Przebudowa mostu w ciągu drogi wojewódzkiej nr 328 km 57+113w m. Chojnów wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej", zakres: Wymiana nawierzchni drogi, długość: 70 m" - użyczone mu przez inny podmiot tj. PROBUDOWA A. D., ul. Narutowicza 49/6, Sosnowiec, Na potwierdzenie realizacji tego zamówienia Odwołujący przedstawił POŚWIADCZENIE WYKONANIA ROBÓT wystawione w dniu 02.09.2019 r. przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu. Z przedmiotowego dokumentu wynika m.in., iż zadanie zostało zrealizowane w terminie do dnia 15.07.2019 r., a zakres zadania obejmował w wykonawstwie m.in. odtworzenie nawierzchni drogi i chodników na moście i dojazdach. Zamawiający wyjaśnił, że robota ta, wobec powyższego, nie została uznana przez Zamawiającego, gdyż nie potwierdzała spełniania przez Odwołującego warunku opisanego w pkt 15.1 d) 1) SWZ w zakresie budowy lub rozbudowy drogi klasy Z lub wyżej o długości min. 500m.

Następnie Zamawiający wskazał, że w związku z powyższym, Zamawiający na mocy art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego 06.09.2021 r. do złożenia innego zadania polegającego na budowie lub rozbudowie drogi klas Z" lub wyżej o długości min. 500 m wraz z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący przedłożył oświadczenie, iż zastępuje podmiot PROBUDOWA A. D., ul. Narutowicza 49/6, Sosnowiec, innym podmiotem tj. ROTOMAT Sp. z o.o., załączając jednocześnie ponownie załącznik nr 1 WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH, z innym zadaniem pod nazwą: „Budowa dróg rowerowych w al. Karkonoskiej i ul. Powstańców Śląskich w ramach projektu „Budowa dróg rowerowych we Wrocławiu-etap II, zakres: rozbudowa droqi klasy G (ul. Powstańców Ślaskich) i GP (ul. Karkonoska) na długości 5094 m".

Zamawiający wskazał, że sformułowania zakres: „rozbudowa drogi klasy G (ul. Powstańców Śląskich) i GP (ul. Karkonoska) na długości 5094 m" brak jest w oficjalnych dokumentach dotyczących realizowanego przez Rotomat sp. z o.o. zadania. Jest to oświadczenie własne Wykonawcy złożone na załączniku nr 1 — Wykaz robót budowlanych.

Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie wykonania w/w roboty, Odwołujący załączył dowody (tj. protokół odbioru końcowego, protokół odbioru ostatecznego) z których wynika, że robota ta dotyczyła wyłącznie budowy w zakresie dróg rowerowych jednokierunkowych, dwukierunkowych, przejazdów rowerowych i ciągów pieszo-rowerowych. Ponadto, z treści protokołu końcowego odbioru robót wynika, jaki był zakres prac wykonanych dla drogi rowerowej z betonu asfaltowego, tj.:

1. Warstwa wzmacniająca — piasek stabilizowany cementem o RM=2,5MPa, gr. 15

cm,

2. Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie 0/31,5 mm — warstwa o grubości po zagęszczeniu 15 cm,

3. Warstwa ścieralna z betonu asfaltowego AC8S gr 4 cm wraz z przygotowaniem podłoża (oczyszczenie i skropienie) oraz uszczelnieniem krawędzi taśmą bitumiczną.

Zamawiający wyjaśnił, że nie uznał tego zadania, gdyż nie potwierdzało ono spełniania przez Odwołującego warunku opisanego w pkt 15.1 d) 1) SWZ, w zakresie budowy lub rozbudowy drogi klasy Z lub wyżej o długości min. 500 m. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z definicjami opisanymi w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1376, 1595.) przez drogę należy rozumieć budowle wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym (art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych). Natomiast, przez drogę rowerową należy rozumieć drogę przeznaczoną do ruchu rowerów albo rowerów i pieszych, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem (art. lla ustawy o drogach publicznych). Już choćby z samych definicji wynika, że nie są to elementy tożsame, pojęcia które mogą być używane zamiennie, ani też uzupełniająco.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący w swoim piśmie podnosił, iż realizował zadanie na podstawie decyzji ZRID nr 10/18 na „Budowę dróg rowerowych w al. Karkonoskiej i ul. Powstańców Śląskich w ramach projektu „Budowa dróg rowerowych we Wrocławiu — etap II", a także przywołuje definicję drogi wg ustawy prawo o ruchu drogowym, zgodnie z którą droga to 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.

Zamawiający stanął na stanowisku, że definicja przedstawiona przez Odwołującego

nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie. Jest ona elementem prawa o ruchu

drogowym i definiuje drogę na potrzeby prowadzonych na jej podstawie postępowań związanych z prawidłowością, zasadami poruszania się po drogach. Nie można tej definicji przenosić na grunt budowlany ani też zastępować nią definicji zamieszczonej w ustawie o

drogach.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażającej jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu - zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zdaniem Zamawiającego mając powyższe na uwadze, aby ocenić minimalne zdolności techniczne i zawodowe Wykonawcy do realizacji zamówienia, należy przedstawione przez niego dowody spełnienia warunku odnieść do przedmiotu zamówienia, który szczegółowo został opisany załączoną do postępowania dokumentacją projektową. Przedmiotowe zamówienie na wykonanie robót budowlanych, polegające na rozbudowie drogi wojewódzkiej 295, można podzielić na dwa kluczowe elementy, tj. budowę nowego mostu w nowej lokalizacji oraz budowę drogi wojewódzkiej w nowym przebiegu na odcinku ponad 1000 m. Oba wskazane elementy składają się na całość zamówienia. Zakres drogowy przedmiotowej inwestycji to budowa odcinka drogi wojewódzkiej w nowym przebiegu, przy zachowaniu, wymaganych odpowiednimi przepisami, parametrów technicznych dla drogi klasy G. Powyższe powoduje konieczność budowy od podstaw wszystkich elementów drogi, opisanej w myśl ustawy o drogach publicznych, tj. ;

- warstwa ścieralna z SMAll, grubość 4 cm,
- warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC16W, grubość 8 cm,
- podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC22P, grubość 11 cm,
- podbudowa zasadnicza z mieszanki niezwiązanej C50/30 0/31,5, grubość 20 cm, - stabilizacja, grubość 15 cm.

Zamawiający wskazał, że opisując warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, opierając się na doświadczeniu w realizacji podobnych zamówień, zastosował wymagania niższe w stosunku do planowanego zakresu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu określił jako minimalny poziom zdolności w realizacji co najmniej 1 zadania polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu inżynierskiego (z wyłączeniem kładek dla pieszych) klasy obciążenia A lub I o rozpiętości teoretycznej pojedynczego przęsła min. 20 mb i długości całkowitej obiektu min. 50 m oraz co najmniej 1 zadania polegające na budowie lub rozbudowie drogi klasy „Z" lub wyżej o długości min. 500 m.

Zamawiający wyjaśnił, że zabieg ten miał na celu dopuszczenie do udziału w postępowaniu większej ilości podmiotów, których doświadczenie i potencjał pozwoliłby im na skuteczną realizację przedmiotowego zamówienia. Nie znaczy to jednak, że intencją zamawiającego było dopuszczenie do realizacji zamówienia wykonawcy legitymującego się doświadczeniem w budowie dróg rowerowych, tym bardziej, że w ramach przedmiotowej inwestycji zamawiający nie przewiduje budowy drogi rowerowej czy ścieżki rowerowej.

Zamawiający wskazał, że inwestycje drogowe i mostowe realizowane są na podstawie następujących regulacji: ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (specustawa), ustawy o drogach publicznych, ustawy prawo budowlane.

Zamawiający podkreślił, że ustawa prawo o ruchu drogowym, na którą powołuje się Odwołujący przytaczając definicję drogi, reguluje zasady poruszania się po drogach, a nie

sposób realizowania inwestycji na drogach.

Zamawiający ponadto wyjaśnił, że w celu uniknięcia wątpliwości Zamawiający zwrócił się do Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu celem ustalenia zakresu inwestycji realizowanej przez Rotomat sp. z o.o., na doświadczenie którego Odwołujący powołuje się w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, że otrzymał 4 października 2021 r. odpowiedź, która nie pozostawia wątpliwości, że realizowana przez Rotomat sp. z o.o. robota budowlana nie polegała w żadnej mierze na budowie ani rozbudowie drogi klasy Z lub wyższej. Wszystkie prace dotyczyły wyłącznie budowy tras rowerowych i ciągów pieszo — rowerowych. Zamawiający wskazał, że określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest kompetencją zamawiającego, który występuje w nim w roli gospodarza. Istotę warunków należy postrzegać w ten sposób, że umożliwiają wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie stanowią one niejako zaporę przed nieograniczonym dostępem do zamówienia wszystkich podmiotów funkcjonujących w danym sektorze rynku. W ocenie Zamawiającego nie ma wątpliwości że sposób określenia warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego nastąpił z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp. Na marginesie tylko Zamawiający wskazuje, że budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego (zgodnie z treścią art. 3 pkt 6 prawa budowlanego).

Ponadto Zamawiający wskazał, że orzecznictwo dotyczące rozbudowy definiuje ją w następujący sposób: „Przez rozbudowę należy bowiem rozumieć zmianę charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość” — wyrok NSA II OSK 2484/14. „Przez „rozbudowę” należy rozumieć powiększenie, rozszerzenie budowli, obszaru już zabudowanego, dobudowywanie nowych elementów” — wyrok WSA w Krakowie II SA/Kr 1112/15. Zatem „Budowa dróg rowerowych w al. Karkonoskiej i ul. Powstańców Śląskich w ramach projektu „Budowa dróg rowerowych we Wrocławiu — etap II” na którą powołuje się Odwołujący, dotyczyła rozszerzenia istniejącej drogi o pas rowerowy, dobudowania drogi rowerowej do istniejącej drogi, a nie rozbudowy drogi — jezdni klasy Z, co było warunkiem opisanym przez Zamawiającego w SWZ.

Zamawiający wskazał, że nie uchybił w żaden sposób przepisom ustawy PZP, właściwie ocenił ofertę złożoną przez Odwołującego i słusznie nie zakwalifikował jego oferty do negocjacji. Droga rowerowa ponad wszelką wątpliwość nie jest drogą, zakres prac na zadaniu „Budowy dróg rowerowych (...)” wykonanych przez podmiot, na doświadczenie którego powołuje się Odwołujący nie był zakresem potwierdzający spełnianie warunku wskazanego przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą, na podstawie załączonej do odpowiedzi na odwołanie faktury.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego 23 września 2021 r. skutecznie zgłosił

wykonawca N. - Mosty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Dąbrowie Górniczej.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto pisma procesowe, w tym odpowiedź na odwołanie oraz pismo

Odwołującego z 13 października 2021 r. i dowody złożone przez Strony wraz z odwołaniem

oraz pismami procesowymi.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie (zreferowanej powyżej) i jest między stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okolicznościach faktycznych.

Izba ustaliła ponadto, że zgodnie z uzasadnieniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego z 10 października 2021 r. (doręczonej Odwołującemu 13 października 2021 r.) podstawą prawną tej czynności był przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) ustawy Pzp,

natomiast jako podstawę faktyczną Zamawiający wskazał: „(...) W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca (...) załączając jednocześnie ponownie załącznik nr 1 - WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH, z innym zadaniem pod nazwą: „Budowa dróg rowerowych w al. Karkonoskiej i ul. Powstańców Śląskich w ramach projektu „Budowa dróg rowerowych we Wrocławiu - etap II, zakres: rozbudowa drogi klasy G (ul. Powstańców Śląskich) i GP (ul. Karkonoska na długości 5094 m". Na potwierdzenie wykonania w/w roboty załączył do wykazu dowody (tj. protokół odbioru końcowego, protokół odbioru ostatecznego) z których wynika, że robota ta dotyczyła budowy w zakresie dróg rowerowych jednokierunkowych, dwukierunkowych, przejazdów rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych.

Zamawiający nie możne uznać tego zadania, gdyż nie potwierdza ono spełniania przez Wykonawcę warunku opisanego w pkt 15.1 d) 1) SWZ w zakresie budowy lub rozbudowy drogi klasy Z lub wyżej o długości min 500 m.

Zgodnie z definicjami opisanymi w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1376, 1595.) przez drogę należy rozumieć budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczono -

użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie

drogowym. Natomiast, przez drogę rowerową należy rozumień drogę przeznaczoną do ruchu rowerów albo rowerów i pieszych, z której może korzystać każdy, zgonie z jej przeznaczeniem.

Zgodnie z warunkiem opisanym w SWZ, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał wykonaną robotę budowlaną polegającą na budowie lub rozbudowie drogi, a nie drogi rowerowej. Zatem zadanie to nie spełnia wymogów Zamawiającego opisanych w SWZ."

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że treść warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 15. 1 litera d) pkt 1) SWZ jest między Stronami i Przystępującym bezsporna. Uczestnicy postępowania odwoławczego różnią się natomiast co do sposobu interpretacji tego warunku w kontekście tego, czy przedstawione przez Odwołującego zadanie w uzupełnionym wykazie robót powinno zostać uznane za spełniające ten warunek. Argumentacja prezentowana przez Odwołującego zarówno w odwołaniu, piśmie przygotowawczym z 13 października 2021 r, a następnie podtrzymana na rozprawie nie zasługuje, w ocenie Izby, na uwzględnienie. Tym samym czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) ustawy Pzp, była prawidłowa.

Zamawiający w treści SWZ nie zdefiniował pojęcia „droga". Odwołanie się przez Zamawiającego do definicji tego pojęcia zawartej w ustawie o drogach publicznych z dnia 21

marca 1985 r. tj. z dnia 25 czerwca 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1376), jest w ocenie Izby

uprawnione. Przedmiotem zamówienia publicznego, którego odwołanie dotyczy, jest robota budowlana, do której zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r., tj. z dnia 7 lipca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333), która to ustawa wprost odsyła w zakresie pojęcia „droga" do ustawy o drogach publicznych. Zgodnie z definicją tam zawartą pod pojęciem „droga" rozumieć należy budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym (vide: art. 4 pkt 2) ustawy o drogach). W ustawie tej w art. 4 pkt 11a) znajduje się również pojęcie „droga rowerowa", pod którym to pojęciem rozumieć należy drogę przeznaczoną do ruchu rowerów albo rowerów i pieszych, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem. Zatem z definicji powyższych wynika, że droga służy prowadzeniu ruchu drogowego, a droga rowerowa służy prowadzeniu ruchu rowerów albo ruchu rowerów i pieszych.

Odwołujący w treści odwołania przywołał definicję „drogi" z ustawy prawo o ruchu drogowym z dnia 20 czerwca 1997 r. tj. z dnia 1 marca 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 450). Zgodnie z art. 2 pkt 1) tej ustawy pod pojęciem „droga" rozumie się 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, ruchu osób poruszających się przy użyciu urządzenia wspomagającego ruch, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt. Jednak jak wynika z treści art. 1 ust. 1 ustawy o ruchu drogowym, ustawa ta określa:

1) zasady ruchu na drogach publicznych, w strefach zamieszkania oraz w strefach ruchu;

2) zasady i warunki dopuszczenia pojazdów do tego ruchu, a także działalność właściwych organów i podmiotów w tym zakresie;

3) wymagania w stosunku do innych uczestników ruchu niż kierujący pojazdami;

4) zasady i warunki kontroli ruchu drogowego.

Natomiast zgodnie z ust 2. przepisy tej ustawy stosuje się również do ruchu odbywającego się poza miejscami wymienionymi w ust. 1 pkt 1, w zakresie:

1) koniecznym dla uniknięcia zagrożenia bezpieczeństwa osób;

2) wynikającym ze znaków i sygnałów drogowych.

Zatem celem ustawy o ruchu drogowym jest szeroko pojęta regulacja zasad ruchu drogowego, tym samym, w ocenie Izby, nie sposób zgodzić się aby przepisy tej ustawy miały zastosowanie w przedmiotowej sprawie. W tym zakresie Izba podziela argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do zaprezentowanego przez Odwołującego stanowiska w treści pisma przygotowawczego z 13 października 2021 r., gdzie Odwołujący przywołał treść §10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. tj. z dnia 23 grudnia 2015 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 124) w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, zgodnie z którym: „1. Droga składa się co najmniej z następujących elementów:

1) jezdni;

2) poboczy, z wyjątkiem przypadku, gdy w ich miejscu zaprojektowano inne elementy drogi, a w szczególności chodnik lub ścieżkę pieszo-rowerową;

3) urządzeń odwadniających oraz odprowadzających wodę.", Izba wskazuje co następuje.

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący nie można uznać, że „w sytuacji, w której mamy do czynienia z zadaniem, w ramach którego istniejąca droga została rozbudowana choćby o jeden z elementów wskazanych w §10 rozporządzenia (w przedmiotowej sprawie m.in. o ścieżkę rowerową i chodniki) to zadanie takie spełnia określone w SWZ warunki udziału w postępowaniu." (vide: pismo przygotowawcze z 13 października 2021 r. str. 3). Jak bowiem stanowi przepis rozporządzenia, droga składa się co najmniej z jezdni, urządzeń odwadniających i odprowadzających wodę, a także z poboczy jednak z wyjątkiem przypadku, gdy w ich miejscu zaprojektowano inne elementy drogi, w szczególności chodnik lub ścieżkę pieszo - rowerową. Innymi słowy chodnik czy ścieżka pieszo - rowerowa nie składają się na drogę. Droga, zgodnie z ww. definicją rozporządzenia składa się z jezdni, poboczy oraz urządzeń odwadniających oraz odprowadzających wodę.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez Odwołującego, tj. pisma Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu z 11 października 2021 r. oraz przez Zamawiającego pisma tego samego podmiotu z 30 września 2021 r., Izba wskazuje, że pisma te mają w zasadzie tożsamą treść co do wykonanego zakresu prac. Mianowicie, prace te dotyczyły wykonania tras rowerowych jedno i dwukierunkowych, ciągów pieszo - rowerowych, kładki rowerowej, odwodnienia, oświetlenia, budowy Miejskich Kanałów Technologicznych, przesunięcia słupa trakcji tramwajowej, przebudowania stożka wiaduktu kolejowego, przebudowania sygnalizacji świetlnej na 5 skrzyżowaniach oraz przebudowania elementów drogowych i małej architektury kolidujących z zadaniem.

Z pisma przestawionego przez Odwołującego wynika, że prace te miały miejsce w ramach robót prowadzonych na podstawie Decyzji nr 10/18 Wojewody Dolnośląskiego z dnia 20.04.2018 r. pt. „Rozbudowa i przebudowa drogi krajowej nr 5 - al. Karkonoska i ul. Powstańców Śląskich we Wrocławiu." Jednak poza tytułem decyzji, w którym rzeczywiście użyto słów „rozbudowa" i „przebudowa", z jej treści nie wynika taki zakres (zakres ten jest tożsamy z tym wynikającym z pism ZDiUM przywołanych wyżej). W ocenie Izby dla prawidłowej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu decydujące znaczenie powinien mieć zakres wykonanych prac, a nie tytuł decyzji, na podstawie której prace te zostały wykonane. Jest bezsporne, że wykonane przez Odwołującego prace polegały na wyznaczeniu tras rowerowych i budowie ciągu pieszo rowerowego. Taki zakres prac wynika z przedstawionych przez Strony dowodów. Sporne jest natomiast między Stronami i Przystępującym, czy można uznać takie prace za rozbudowę drogi. Gdyby przyznać rację Odwołującemu należało by uznać, że wykonawca legitymujący się doświadczeniem w budowie ciągu pieszo - rowerowego/tras rowerowych spełnia warunek polegający na budowie lub rozbudowie drogi klasy Z lub wyżej, a tym samym posiada dostateczne doświadczenie w celu budowy takiej drogi. W ocenie Izby taki wniosek jest zbyt daleko idący oraz przeczy zdrowemu rozsądkowi. Przede wszystkim jednak, wniosek taki jest nieuprawniony w świetle przepisów stanowiących o definicji drogi i to zarówno z ustawy o drogach publicznych przywołanych przez Zamawiającego jak i z §10 rozporządzenia powołanych przez Odwołującego.

Reasumując, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) ustawy Pzp, była prawidłowa, ponieważ nie można uznać aby zadanie pod nazwą: „Budowa dróg rowerowych w al. Karkonoskiej i ul. Powstańców Śląskich w ramach projektu „Budowa dróg rowerowych we

Wrocławiu - etap II, zakres: rozbudowa drogi klasy G (ul. Powstańców Śląskich) i GP (ul. Karkonoska na długości 5094 m" przedstawione przez Odwołującego spełniało warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisany w SWZ.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....