Sygn. akt: KIO 886/23

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2023 r. przez wykonawcę K. Sz., prowadzącego w Mostkach działalność gospodarcza pod nazwą MOSTY KUJAWY K. Sz.

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Włocławek z siedzibą we Włocławku

przy udziale wykonawcy WANT sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Włocławek z siedzibą we Włocławku i: 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. Sz., prowadzącego w Mostkach działalność gospodarcza pod nazwą MOSTY KUJAWY K. Sz. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasto Włocławek z siedzibą we Włocławku na rzecz wykonawcy K. Sz., prowadzącego w Mostkach działalność gospodarcza pod nazwą MOSTY KUJAWY K. Sz. kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 886/23

U z a s a d n i e n i e

Gminę Miasto Włocławek z siedzibą we Włocławku, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest wykonanie przejścia pieszo – rowerowego pod ul. prymasa Stefana Wyszyńskiego w obrębie zabytkowego mostu wraz z jego przebudową w ramach zadania inwestycyjnego o nazwie „Park Sienkiewicza dla osób z ograniczoną mobilnością przebicie Bulwarów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 5 grudnia 2022 r., nr 2022/BZP 00475583/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 29 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca K. Sz., prowadzący w Mostkach działalność gospodarcza pod nazwą MOSTY KUJAWY K. Sz., zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp przez odrzucenie swej oferty z uwagi na to, że rzekomo nie spełnia warunków udziału w postępowaniu polegających na tym że „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że (..,) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, polegające na budowie tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub pod drogą kolejową, o której mowa w treści art, 4 pkt la ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tekst jednolity; Dz. U. z 2021r. poz. 1984 ze zm.), o długości nie mniejszej niż 10,00 metrów bieżących (mb) — każda robota budowlana", mimo że on warunek ten spełniał i co Zamawiającemu wykazał, a co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) art 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień w kwestii tego, czy wykonane przez niego roboty były wiaduktami czy tunelami lub przejściami podziemnymi pod drogą lub pod drogą kolejową o długości nie mniejszej 10,00 metrów bieżących (mb) i odrzucenie jego oferty w powołaniu się na to, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty WANT sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

2) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty z tego powodu, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych powyżej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, Zamawiający wezwał go pismem z dnia 14.02.2023r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty — według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ. Zamawiający uzasadnił swoje żądanie tym że „Wykonawca przesłał w dniu 26 stycznia 2023 roku przy użyciu Platformy Przetargowej Urzędu Miasta Włocławek m.in. wykaz robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, wymienił 2 roboty budowlane:

1. Przebudowa wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 15 (87-815 Smólnik) — na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 09 kwietnia 2014 roku do dnia 19 grudnia 2014 roku.

2. Rozbiórka starego i budowa nowego tunelu (Obiekt nr M - 4) pod drogą wojewódzką nr 503, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz.e z siedzibą w Mostki 18 (87-815 Smólnik) — w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia o nazwie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg — Tolkmicko — Pogrodzie", tj. konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. (partner konsorcjum), w okresie od dnia 30 lipca 2012 roku do dnia 31 sierpnia 2013 roku.

Na podstawie informacji uzyskanych od inwestorów ww. inwestycji, które Zamawiający uzyskał na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, stwierdzono, że żadna z dwóch robót budowlanych, wykazanych w złożonym przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) — wykazie robót budowlanych, nie spełnia warunku udziału w prowadzonym postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ. Robota budowlana, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) — na rzecz Gminy Wielka Nieszawka, polegała bowiem na przebudowie istniejącego już wcześniej wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice. Natomiast robota budowlana, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 15 (87-815 Smólnik) — w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia o nazwie ,,Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg — Tolkmicko — Pogrodzie", tj. konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. polegała na przebudowie istniejącego już wcześniej wiaduktu ekologicznego, tj. obiektu ekologicznego M-4 w km 13+514,50.”.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na powyższe pismo wskazał iż :

- Odnośnie zamówienia - Przebudowa wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno-Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo-Jarki km 1+200 w m. Cierpice Zamawiający - Gmina Wielka Nieszawka Rozbiórka starego wiaduktu i budowa nowego tunelu pod drogą w m.Cierpice że przedstawił oświadczenie sporządzone przez projektanta tego obiektu, Pana J. S., numer uprawnień NB 7210/28/80, w którym stwierdza on w sposób jednoznaczny, iż projektował on dla Gminy Wielka Nieszawka obiekt inżynierski pod tytułem „księgowym” „Projekt budowlany przebudowy wiaduktu nad linią kolejową nr 018 Kutno-Piła w m. Cierpice”. Zakres opracowania obejmował rozbiórkę istniejącego wiaduktu i budowę nowego obiektu inżynierskiego. Nowy obiekt pod względem konstrukcyjnym jest tunelem na linii kolejowej Kutno – Piła w km 121+010 pod konstrukcją drogi nr 100911C Dybowo Jarki w km 1+200. Szerokość zaprojektowanego tunelu B=16,01 m, długość tunelu L = 27,51m, szerokość korpusu drogowego który przebija tunel Bk = 28,06 m a wysokość zagłębienia tuneli H = 1,36÷8,03 m. Wobec powyższego, wybudowanie tego obiektu spełnia warunki wskazane w części VII SWZ, czyli stanowi budowę tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub przejścia podziemnego pod drogą lub pod drogą kolejową o długości nie mniejszej 10,00 metrów bieżących (mb). Dokumentacja projektowa wykonana przez Pana J. S., w pkt 5 opisu obiektu wskazuje wyraźnie „konstrukcja nośna nowego wiaduktu - tunelu z wytycznymi wykonania“

Dowód : projekt architektoniczno-budowlany przebudowy wiaduktu nad linią kolejową nr 018 Kutno-Piła w m. Cierpice

Odnośnie zamówienia - Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg-Tolkmicko-Pogrodzie rozbiórka starego i budowa nowego tunelu (Obiekt nr M-4) pod drogą wojewódzką Nr 503 Elbląg-Tolkmicko-Pogrodzie w km 13+514.60, Odwołujący podniósł, że przedstawił opinię budowlaną dotyczącą kwalifikacji budowlanej tego obiektu, sporządzoną przez rzeczoznawcę K. D. W opinii tej stwierdzono iż „W 2013 roku pod nasypem drogi wojewódzkiej nr 503 w km 13+514,60 koło m. Nadbrzeże, prostopadle do osi drogi firma MOSTY KUJAWY-K. Sz. wybudowała nowy tunel, który w projekcie [3,4] został opisany jako obiekt ekologiczny M-4. W piśmie w części dotyczącej przekazanej informacji przez Generalnego Wykonawcę (FCC Construccion S.A. Oddział w Polsce), wskazano, że obiekt w km 13+514,50 pod drogą wojewódzką nr 503 został wykonany w wyniku przebudowy a nie jak wskazał Wykonawca Robót w wyniku budowy. Z kolei w pkt 1.2 opisu technicznego [4] projektu wykonawczego wskazano że, cyt.: Przebudowa polegać będzie na rozebraniu istniejącego obiektu i wybudowaniu w jego miejscu nowego. Należy wskazać, że faktycznie wykonane roboty wg informacji przekazanej przez firmę MOSTY KUJAWY- K. Sz., to: 1) rozbiórka starego tunelu w roku 2012 2) budowa nowego tunelu w roku 2013

Generalny Wykonawca (FCC Construccion S.A. Oddział w Polsce) w roku 2012 rozebrał stary tunel o długości 12,45 m, który stanowił przejście dla zwierząt dziko żyjących wybudowane w 1933 r. Kąt skrzyżowania tunelu z drogą przed jego rozbiórką wynosił 71°. Wg opisu w projekcie wykonawczym rozebrany obiekt był usytuowany w km 13+514,60 drogi wojewódzkiej nr 503, natomiast wg Generalnego Wykonawcy wiadukt ekologiczny w km 13+514,50. W myśl ustawy Prawo Budowlane pojęcie przebudowa dotyczy sytuacji, gdy następuje wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których nastąpiłaby zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem parametrów charakterystycznych, np. takich jak: wysokość, długość, szerokość. Jak wskazano wyżej, istniejący stary tunel został rozebrany w 2012 r. i przestał istnieć. W takim przypadku podawanie przez inwestora informacji o jego przebudowie jest niezgodne ze stanem faktycznym. W wyniku dokonanej rozbiórki przedmiot przebudowy zniknął i dalsze postępowanie w sprawie jego przebudowy stało się bezprzedmiotowe. W 2013 r. Firma MOSTY KUJAWY – K. Sz. wybudowała nowy tunel o innych parametrach technicznych. Tunel zgodnie z rozporządzeniem 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. Z 2000r. nr. 63. poz. 735) (obecnie zastąpionego przez Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych

dotyczących dróg publicznych z dnia 24 czerwca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. Poz. 1518) stanowi przejście dla zwierząt dziko żyjących w poprzek korpusu drogi. Długość wybudowanego tunelu wynosi ponad 10 m, a dokładnie 13,70 m bez skrzydeł (24,065 m ze skrzydłami w osi obiektu). Wybudowany tunel to obiekt budowlany kat. XXVIII.

Znów więc należy stwierdzić także w odniesieniu do tego zamówienia, iż wybudowanie tego obiektu ten spełnia warunki wskazane w części VII SWZ, czyli stanowi budowę tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub przejścia podziemnego pod drogą lub pod drogą kolejową o długości nie mniejszej 10,00 metrów bieżących (mb).

Odwołujący podniósł, że wskazał, iż w w/w zadaniach dokonywana była nie przebudowa a budowa „od zera" nowego obiektu, gdyż pierwotny obiekt był całkowicie likwidowany. Wykonawca uważał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ w treści ustalonej zmianą z 16.12.2022 r. Odwołujący argumentował, że zgodnie bowiem z definicją legalną wskazaną w ustawie Prawo budowlane tj. z dnia 2 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. Poz. 2351) w słowniczku zawartym w art 3 tejże ustawy, przez przebudowę rozumie się „wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego". Przez pojęcie „budowy", którym posługuje się Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, rozumie się „wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego".

Zdaniem odwołującego nie miało więc miejsce w tych dwóch zadaniach wykonanie zmiany parametrów istniejącego obiektu, a wykonanie nowego obiektu w miejsce poprzedniego który przestał istnieć.

Wobec powyższego odwołujący stwierdzał, że przedstawiony przez niego wykaz robót budowlanych wraz z referencjami dotyczącymi tych robót, w połączeniu z obecnymi wyjaśnieniami, potwierdzają spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu i nie zachodzi konieczność przedłożenia przez niego w trybie art 128 ust. 1 ustawy Pzp nowego wykazu robót budowlanych.".

Odwołujący wywiódł, że wezwanie zamawiającego w trybie art 128 ust. 1 Pzp, w przedmiotowej sytuacji nie powinno mieć miejsca. Sformułowane w orzecznictwie unijnym zasady stosowania przepisu art. 51 dyrektywy 2004/18/WE zostały podsumowane w wyr. TSUE z 4.5.2017 r. w sprawie C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie (EU:C:2017:338). Trybunał uznał, że art. 51 dyrektywy 2004/18/WE i zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania nie

pozwalają na to, by wykonawca po upływie terminu składania ofert lub wniosków przedstawił w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumenty, których jego pierwotna oferta nie zawierała, takie jak umowa dotycząca zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. Takie uzupełnienie Trybunał Sprawiedliwości uznał za istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, warunkującą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty i przez to niedopuszczalną. Identycznie sytuacja miałaby się w wypadku gdyby wykonawca przedstawił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał, że w przedmiotowej sprawie zamawiający żąda od niego zmiany dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postępowaniu w zakresie

posiadania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania przedmiotowego zamówienia. Zdaniem odwołującego Zamawiający nie wzywał go do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dlatego, że przedłożone dokumenty są niekompletne lub zawierają błędy, ale dlatego że zdaniem Zamawiającego nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. Według odwołującego nie mieści się to w dyspozycji art 128 ust. 1 ustawy pzp. Zdaniem odwołującego uzupełnienie dokumentów i oświadczeń dotyczy jedynie tych dokumentów, które istniały w terminie składania przez wykonawcę oferty. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do sytuacji, gdy na dzień składania wniosków wykonawcy nie byliby w posiadaniu wymaganych dokumentów i oświadczeń. Prawo do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń nie może być rozumiane jako uprawnienie do przedstawienia nowych dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Według odwołującego, z wezwaniem do uzupełnienia będziemy mieli do czynienia, gdy określonego dokumentu nie złożono w ogóle. Taki sam skutek nastąpi też w sytuacji, gdy dokument został dołączony, ale nie spełnia wymagań formalnych stawianych przez zamawiającego.

Według odwołującego, Zamawiający błędnie nie powołał się na dyspozycję art 128 ust. 4 ustawy Pzp, i nie zażądał od niego wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych, a wezwał do przedłożenia nowych dokumentów, co nie powinno mieć miejsca.

Zdaniem odwołującego, w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony zarówno do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzącej z innych postępowań, jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w

tym zakresie, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, które to uregulowanie – wg odwołującego - ma pierwszeństwo w wyjaśnianiu zagadnień dotyczących złożonej oferty. Argumentował, że instytucja wyjaśnień z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp choć jest niezależna od instytucji uzupełnienia dokumentów z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, to nie może być stosowana w celu obejścia wypracowanej w doktrynie i orzecznictwie zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów, gdyż naruszałoby to podstawowe zasady postępowania wyrażone w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że mimo złożonych przez niego wyjaśnień, Zamawiający odrzucił jego ofertę, powołując się na następującą argumentację zawartą w piśmie z dnia 24.03.2023r.:

Wykonawca przesłał w dniu 26 stycznia 2023 roku przy użyciu Platformy Przetargowej Urzędu Miasta Włocławek m.in. wykaz robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit, a SWZ, wymienił 2 roboty budowlane:

1, Przebudowa wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87815 Smólnik) — na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 09 kwietnia 2014 roku do dnia 19 grudnia 2014 roku.

2, Rozbiórka starego i budowa nowego tunelu (Obiekt nr M - 4) pod drogą wojewódzką nr 503, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) — w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia o nazwie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg — Tolkmicko — Pogrodzie", tj. konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. (partner konsorcjum), w okresie od dnia 30 lipca 2012 roku do dnia 31 sierpnia 2013 roku.

Zarówno z nazw przedstawionych zadań jak i z treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wynikało, iż przedmiotem zamówienia były roboty budowlane związanie z przebudową wiaduktów, a nie tuneli. W związku z powyższymi wątpliwościami Zamawiający, działając w trybie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, w dniu 30 stycznia 2023 r. wystąpił do inwestorów z wnioskami o wyjaśnienie, tj, odpowiednio do: - Gminy Wielka Nieszawka:

1. czy przedmiot zamówienia, realizowanego przez MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 09 kwietnia 2014 roku do dnia 19 grudnia 2014 roku, obejmował swoim zakresem budowę nowego obiektu inżynierskiego czy może przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego.

2. czy w ramach ww, zamówienia Wykonawca — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) — był obowiązany do wykonania wiaduktu nad linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 100911 C Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice, czy może wykonania tunelu pod drogą gminną nr 100911 C Dybowo – Jarki km 1+200 w m. Cierpice w ciągu linii kolejowej nr 018 relacji Kutno – Piła.

- Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie:

1. czy przedmiot zamówienia, realizowanego przez konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. (partner konsorcjum) na rzecz Województwa Warmińsko – Mazurskiego (Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie) w okresie od dnia 30 lipca 2012 roku do dnia 31 sierpnia 2013 roku, obejmował swoim zakresem budowę nowego obiektu inżynierskiego (Obiekt M – 4 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503), czy może przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego (Obiekt M – 4 w

ciągu drogi wojewódzkiej nr 503).

2. czy znajdujący się w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503 obiekt inżynierski oznaczony jako Obiekt M – 4, którego dotyczyły roboty budowlane realizowane w ramach zamówienia o nazwie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg – Tolkmicko – Pogrodzie", był/jest mostem w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503, czy może tunelem pod drogą wojewódzką nr 503.

W dniu 6 lutego 2023 r. Zamawiający otrzymał odpowiedz od Gminy Wielka Nieszawka, z której wynikało, iż:

- przedmiot zamówienia realizowany przez MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki lB (87-815 Smólnik) na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 9 kwietnia 2014r. do dnia 19 grudnia 2014r., obejmował swoim zakresem przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego.

- w ramach zamówienia Wykonawca — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1b (87815 Smólnik) był obowiązany do przebudowy wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno-Piła ciągu drogi gminnej nr 100911 C Dybowo-Jarki km 1+200 w m. Cierpice.

Natomiast w dniu 13 lutego 2023 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie przekazał informację, że:

- w ramach w/w zadania Obiekt ekologiczny M-4 w km 13+514,60 został przebudowany, czyli rozebrany został istniejący obiekt i wybudowany w jego miejscu nowy.

- Obiekt M-4 w km 13+514,60 jest wiaduktem ekologicznym.

Na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz informacji uzyskanych od inwestorów ww. inwestycji, które Zamawiający uzyskał na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, stwierdzono, że żadna z dwóch robót budowlanych, wykazanych w złożonym przez Wykonawcę – MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 18 (87-815 Smólnik) wykazie robót

budowlanych, nie spełnia warunku udziału w prowadzonym postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ. Robota budowlana, która była realizowana przez Wykonawcę – MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) – na rzecz Gminy Wielka Nieszawka, polegała bowiem na przebudowie istniejącego już wcześniej wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno – Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo – Jarki km 1+200 w m. Cierpice. Natomiast robota budowlana, która była realizowana przez Wykonawcę – MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) – w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia o nazwie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg – Tolkmicko – Pogrodzie", tj, konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. (partner konsorcjum), polegała na przebudowie istniejącego już wcześniej wiaduktu ekologicznego, tj, obiektu ekologicznego M-4 w km 13+514,50."

Odwołujący podniósł, że dalej Zamawiający stwierdzał co następuje: Zamawiający w dniu 1 marca 2023 r., podstawie treści art. 55 ust 3 ustawy PZP powołał biegłego, do oceny wykazu robót przedstawionych przez wykonawcę MOSTY KUJAWY w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o który mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt. 4 lit. a SWZ.

Powołany biegły w dniu 7 marca 2023 r. przedstawił opinię, z której wynika, między innymi:

- w zakresie wykazanego zadania - Przebudowa wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice Mosty Kujawy K. Sz., realizując roboty budowlane na rzecz gminy Wielka Nieszawka w okresie od 09.04.2014 do 19.12.2014, wykonała budowę nowego obiektu inżynierskiego.

- w zakresie wykazanego zadania - Rozbiórka starego i budowa nowego tunelu (Obiekt nr M-4 - pod drogą wojewódzką nr 503 Generalny Wykonawca (FCC Construction S,A. Oddział w Polsce) na przełomie roku 2012/2013 rozebrał istniejący wiadukt ekologiczny, który stanowił przejście dolne dla zwierząt dziko żyjących. Firma Mosty Kujawy K. Sz. w okresie od 09.04.2014 do 19.12.2014 wybudowała w tej samej lokalizacji nowy obiekt inżynierski. Zgodnie z definicjami zawartymi w Ustawie [1] przywołanymi powyżej, przebudowa jest to wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Z uwagi na fakt, że w okresie wykonywania prac przez firmę Mosty Kujawy K. Sz. uprzednio istniejący obiekt został całkowicie rozebrany, to prace wykonane przez firmę Mosty Kujawy K. Sz. w okresie od 30.07.2012 do 31.08.2013 spełniają warunki definicji budowy, a nie przebudowy obiektu budowlanego.

Odnosząc się do ww. fragmentu uzasadnienia czynności odrzucenia swej oferty odwołujący podniósł, że Zamawiający sam przyznał iż roboty wykonywane przez niego polegały na budowie nowych obiektów, a nie na tym co zarzucał odwołującemu się w piśmie z dnia 14.02.2023r. - czyli na przebudowie istniejących obiektów. Tym samym odwołujący uważał, że zamawiający przyznał, iż przyczyna dla której dnia 14.02.2023 r. uznawał, że odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie jest prawdziwa.

W dalszej części odwołujący argumentował, że Zamawiający jednak i tak uznał, że nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu, albowiem wskazał:

„firma Mosty Kujawy K. Sz., realizując roboty budowlane na rzecz gminy Wielka Nieszawka w okresie od 09.04.2014 do

19.12.2014, wykonała budowę nowego obiektu inżynierskiego. Ponieważ pierwotnie nad linią kolejową znajdował się wiadukt drogowy, to po jego przebudowie kwalifikacja obiektu nie uległa zmianie (nadal jest to wiadukt).

Budując przejście dolne dla zwierząt dziko żyjących, firma Mosty Kujawy K. Sz. w okresie od 09.04.2014 do 19.12.2014 wybudowała w tej samej lokalizacji nowy obiekt inżynierski. Pierwotnie przejście dla zwierząt znajdowało się pod wiaduktem drogowym, to po jego przebudowie kwalifikacja obiektu nie uległa zmianie (nadal jest to wiadukt). Nowy obiekt spełnia kryteria definicji wiaduktu zawartej w rozporządzeniu przywołanej powyżej. Potwierdzenie tego faktu zawarte jest również w piśmie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie z dnia 13,02.2023 r. Firma Mosty Kujawy K. Sz. w ramach zadania wymienionego powyżej wykonała przejście dolne dla zwierząt dziko żyjących (wiadukt) w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503.

Biorąc pod uwagę powyższą analizę, należy stwierdzić, że Wykonawca Mosty Kujawy K. Sz. z siedzibą Mostki 1b, 87-815 Smólnik k. Włocławka nie spełnia warunku udziału w postępowaniu polegające na budowie tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub drogą kolejową, o której mowa w treści art. 4 pkt 1a ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1984 ze zm.), o długości nie mniejszej niż 10,00 metrów bieżących (mb) — każda robota budowlana", albowiem złożone przez Wykonawcę Mosty Kujawy K. Sz. z siedzibą Mostki 1b, 87-815 Smólnik k. Włocławka referencje nie dotyczą potwierdzają doświadczenia w zakresie tuneli. Jak wykazano w pkt ad. 2 i ad. 4 niniejszej opinii wybudowane przez Oferenta obiekty należy zakwalifikować jako wiadukty."

Odnosząc się do ww. powodu odrzucenia swej oferty odwołujący zwrócił uwagę, że co do zasady argumentacja Zamawiającego uzasadniająca jego zdaniem wykluczenie go opiera się na tym, że skoro obiekty wykonane przez niego po ich wybudowaniu nie zmieniły kwalifikacji (nadal jest to wiadukt), to nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu polegającego na budowie tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub drogą kolejową.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 14.02.2023r. powoływał się jedynie na pierwszą z opisanych następnie jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego się wątpliwości i pierwsze z zadanych inwestorom pytania, a już w uzasadnieniu wykluczenia na inne, nie wspomniane w wezwaniu z dnia 14.02.2023r. okoliczności :

- co do Gminy Wielka Nieszawka Zamawiający podnosił w wezwaniu z dnia 14.02.2023r. w stosunku do referencji Odwołującego się wątpliwości jedynie do pytania czy przedmiot zamówienia obejmował swoim zakresem budowę nowego obiektu inżynierskiego czy może przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego, ale już nie do pytania drugiego opisanego w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty - czyli pytania czy w ramach ww. zamówienia Wykonawca — był obowiązany do wykonania wiaduktu czy może wykonania tunelu pod drogą gminną nr 100911 C Dybowo – Jarki km 1+200 w m. Cierpice w ciągu linii kolejowej nr 018 relacji Kułno – Piła.

– co do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie Zamawiający podnosił w wezwaniu z dnia 14.02.2023r. w stosunku do jego referencji wątpliwości jedynie do pytania czy przedmiot zamówienia obejmował swoim zakresem budowę nowego obiektu inżynierskiego (Obiekt M – 4 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503), czy może przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego (Obiekt M – 4 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503), ale już nie do pytania drugiego opisanego w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty - czyli pytania czy obiekt ten był był/jest mostem w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503, czy może tunelem pod drogą wojewódzką nr 503.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający uznał, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu z przyczyn, co do których nie wezwał go się do złożenia wyjaśnień. Odwołujący argumentował, że Zamawiający wezwał go do przedłożenia nowych referencji bo przedstawione nie wykazywały zdaniem Zamawiającego iż były budową nowych obiektów, tylko przebudową istniejących obiektów, a kiedy otrzymał w tym zakresie wyjaśnienia i sam przyznał, że są one wystarczające do uznania, że rzeczywiście roboty wykonywane przez niego polegały na budowie nowych obiektów, a nie na tym co zarzucał mu w piśmie z dnia 14.02.2023r. - czyli na przebudowie istniejących obiektów, wykluczył następnie dnia go na zupełnie innej podstawie, co do której ani nie wzywał do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ani nie wzywał go się do wyjaśnienia w tej kwestii, na podstawie której następnie go wykluczył.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że i to stanowisko Zamawiającego nie da się obronić. Argumentował, że zgodnie z obowiązującym nadal Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999 nr 112 poz. 1316) zarówno wiadukty jak i tunele znajdują się w tej samej grupie klasyfikacyjnej i mają ten sam symbol PKOB: 2 21 214.

Zdaniem odwołującego, wobec powyższego fakt, że Zamawiający (Inwestor) tych obiektów nie musiał zmieniać i nie zmienił klasyfikacji obiektu nie ma żadnego znaczenia. Zamawiający argumentuje że „ponieważ pierwotnie nad linią kolejową znajdował się wiadukt drogowy, to po jego przebudowie kwalifikacja obiektu nie uległa zmianie (nadal jest to wiadukt)". Zdaniem odwołującego, opieranie argumentacji Zamawiającego na tym tylko, że po rozbiórce wiaduktu nowy obiekt nie został sklasyfikowany nazewniczo inaczej, a co za tym idzie rzekomo nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu, bo referencje nie dotyczą potwierdzają doświadczenia w zakresie tuneli, jest niezasadne.

Odwołujący przypomniał, że we wskazywanym już wyżej oświadczeniu z dnia 14.02.2023 r. mgr inż. J. S. projektant zadania Przebudowa wiaduktu nad linią kolejową nr 018 Kutno-Piła poinformował, że: projektował dla Gminy Wielka Nieszawka obiekt inżynierski pod tytułem „księgowym" „Projekt budowlany przebudowy wiaduktu nad linią kolejową nr 018 Kutno - Piła w m. Cierpice". Zakres opracowania obejmował rozbiórkę istniejącego wiaduktu i budowę nowego obiektu inżynierskiego. Nowy obiekt: pod względem konstrukcyjnym jest to tunel na linii kolejowej Kutno –Piła w km 121+010 pod konstrukcją drogi nr 100911C Dybowo Jarki w km 1+200. Zdaniem odwołującego, za kuriozalną należy uznać sytuację, w której powołany przez Zamawiającego biegły w ocenie charakteru obiektu wybudowanego przez odwołującego, tylko na

podstawie tego że obiekty wykonane przez odwołującego po ich wybudowaniu nie zmieniły kwalifikacji zgodnie z w/w rozporządzeniem, (nadal jest to wiadukt), podważa i zaprzecza oświadczeniu osoby która projektowała ten obiekt. Zdaniem odwołującego jest logicznym, że ten kto projektował dany obiekt jest w stanie w sposób autorytatywny wypowiedzieć się, co zaprojektował. Odwołujący argumentował, że Zamawiający wymaga od Wykonawcy określonego doświadczenia zawodowego (zdolności technicznej lub zawodowej). Doświadczenie to zdobywa się poprzez rzeczywiste wykonanie określonych obiektów budowlanych lub rodzajów robót. Doświadczenia nie nabywa się przez sklasyfikowanie (nazwanie) obiektu przez Zamawiającego (Inwestora).

Odnośnie budowy wykonywanej przez siebie pod drogą wojewódzką nr 503 (Generalny Wykonawca (FCC Construction S,A. Oddział w Polsce), odwołujący wskazał, iż zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. nr 63, poz. 735), obowiązującym w momencie kiedy obiekt był projektowany - w październiku 2010) § 3 pkt 2) tegoż rozporządzenia wskazywał że 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.

Zdaniem odwołującego znajduje to także odzwierciedlenie w projekcie, w części „opis techniczny" w punkcie 1,2 zawarte jest stwierdzenie „Przebudowa polegać będzie na rozebraniu istniejącego obiektu i wybudowaniu w jego miejscu nowego. Przekraczaną przeszkodą jest ekologiczne przejście pod drogą wojewódzką dla zwierząt dziko żyjących".

Odwołujący argumentował, że następnie § 10 tegoż rozporządzenia wskazuje, że:

> 1. Dla zwierząt dziko żyjących powinno być zapewnione bezkolizyjne przemieszczanie się ich z jednej na drugą stronę drogi klas A, S, GP i G, z zastrzeżeniem ust. 2, w miejscach nasilonej migracji, a w szczególności w większych kompleksach leśnych oraz obszarach bagiennych i innych przeciętych drogą siedliskach rzadkich zagrożonych gatunków, wskazanych przez właściwe organy administracji rządowej lub właściwe jednostki samorządu terytorialnego.

Powinno to być realizowane jako:

> 1) przejścia w tunelach w poprzek korpusu drogi
>
> 2) przejściach po kładkach (wiaduktach) nad drogą.
>
> 2. przepisu ust. 1 nie stosuje się do istniejących dróg klas GP i G poddawanych odbudowie, rozbudowie i przebudowie.

Odwołujący wskazał, że w świetle zacytowanych obligatoryjnych przepisów techniczno-budowlanych (PTB) oraz opisu technicznego projektu, obiekt M-4 na drodze wojewódzkiej nr 503 jest tunelem. Według odwołującego ze zdjęć widać jasno, że nie jest to kładka. Skoro zaś obiekty takie można realizować albo jako przejścia w tunelach, albo jako kładki, to skoro Zamawiający nie kwestionuje że wykonano przejście dolne dla zwierząt dziko żyjących w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503, to na pewno jest to tunel, a nie kładka czy wiadukt.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do przedstawianych przez niego opinii budowlanych czy oświadczeń projektanta, nie podjął z nimi żadnej polemiki, nie wykazał ich błędności, a poprzestał jedynie na stwierdzeniu że wobec faktu że Zamawiający (Inwestor) tych obiektów nie musiał zmieniać i nie zmienił klasyfikacji obiektu i oparł całą argumentację na tym stwierdzeniu, że rozbiórce i wykonaniu na nowo nowy obiekt nie został sklasyfikowany inaczej, i z tego wywiódł wniosek że rzekomo nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu, bo referencje nie dotyczą potwierdzają doświadczenia w zakresie tuneli.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o częściowe odrzucenie i częściowe oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca WANT sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie. Wniósł o częściowe odrzucenie i częściowe oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do odwołującego, wyjaśnienia, oświadczenia i dokumenty składane przez odwołującego w toku postępowania, opinię biegłego powołanego prze zamawiającego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

> 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
>
> 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złoże-nia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 128 ust. 4 Pzp stanowi, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie przejścia pieszo – rowerowego pod ul. prymasa Stefana Wyszyńskiego w obrębie zabytkowego mostu wraz z jego przebudową w ramach zadania inwestycyjnego o nazwie Park Sienkiewicza dla osób z ograniczoną mobilnością przebicie Bulwarów".

Ustalono także, że w rozdziale VII ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ zamawiający wskazał, że Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, polegające na budowie tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub pod drogą kolejową. o której mowa w treści art. 4 pkt la ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tekst jednolity: Dz U. z 2021 r. poz. 1984 ze zm.), o długości nie mniejszej niż 10,00 metrów bieżących (mb) - każda robota budowlana.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły oferty m.in. odwołującego i przystępującego (por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, 20 stycznia 2023 r., zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty — według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ.

(por. wezwanie z dnia 20 stycznia 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył 26 stycznia 2023 r. wykaz robót budowlanych. W wykazie tym odwołujący wymieniły następujące roboty: 1. Przebudowa wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice, która była realizowana przez odwołującego — na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 09 kwietnia 2014 roku do dnia 19 grudnia 2014 roku, zakres zamówienia: budowa tunelu pod drogą;

2. Rozbiórka starego i budowa nowego tunelu (Obiekt nr M - 4) pod drogą wojewódzką nr 503, która była realizowana przez odwołującego — w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia o nazwie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg — Tolkmicko — Pogrodzie", tj. konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. (partner konsorcjum), w okresie od dnia 30 lipca 2012 roku do dnia 31 sierpnia 2013 roku, zakres zamówienia: budowa tunelu pod drogą.

(por. wykaz robót odwołującego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 30 stycznia 2023 r. zamawiający otrzymał oświadczenie Gminy Wielka Nieszawka z dnia 3 lutego 2023 r. W oświadczeniu tym, inwestor wskazał:

Ad. 1 Przedmiot zamówienia realizowany przez MOSTY KUJAWY K. Sz z siedzibą w Mostki IB (87-815 Smólnik) na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 9 kwietnia 2014r. do dnia 19 grudnia 2014r., obejmował swoim zakresem przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego.

Ad.2 W ramach zamówienia Wykonawca — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki IB (87-815 Smólnik) był obowiązany do przebudowy wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno-Piła ciągu drogi gminnej nr 100911 C Dybowo-Jarki km 1+200 w m. Cierpice.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 30 stycznia 2023 r. zamawiający otrzymał

oświadczenie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie z dnia 13 lutego 2023 r. W oświadczeniu tym, inwestor wskazał:

1. W ramach w/w zadania Obiekt ekologiczny M-4 w km 13+514,60 został

przebudowany, czyli rozebrany został istniejący obiekt i wybudowany w jego miejscu nowy.

2. Obiekt M-4 w km 13+514,60 jest wiaduktem ekologicznym.

(por. ww. pisma, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 14 lutego 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie,

przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty — według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ.

W wezwaniu zamawiający wskazał, że Na podstawie informacji uzyskanych od inwestorów ww. inwestycji, które Zamawiający uzyskał na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, stwierdzono, że żadna z dwóch robót budowlanych, wykazanych w złożonym przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) — wykazie robót budowlanych, nie spełnia warunku udziału w prowadzonym postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ.

Robota budowlana, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) — na rzecz Gminy Wielka Nieszawka, polegała bowiem na przebudowie istniejącego już wcześniej wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice.

Natomiast robota budowlana, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 15 (87-815 Smólnik) — w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia o nazwie ,,Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg — Tolkmicko — Pogrodzie", tj. konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. polegała na przebudowie istniejącego już wcześniej wiaduktu ekologicznego, tj. obiektu ekologicznego M-4 w km 13+514,50.

(por. wezwanie z dnia 14 lutego 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 17 lutego 2023 r. W wyjaśnieniach tych odwołujący wskazał, co następuje:

„(…) Zamawiający dokonał błędnych ustaleń faktycznych i niezasadnie uznał, iż przedłożony przez Wykonawcę wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W tym zakresie wyjaśniam jak poniżej :

• Odnośnie zamówienia - Przebudowa wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno-Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo-Jarki km 1+200 w m. Cierpice

Zamawiający - Gmina Wielka Nieszawka Rozbiórka starego wiaduktu i budowa nowego tunelu pod drogą w m.Cierpice przedstawiam oświadczenie sporządzone przez projektanta tego obiektu, Pana J. S., numer uprawnień NB 7210/28/80, w którym stwierdza on w sposób jednoznaczny, iż projektował on dla Gminy Wielka Nieszawka obiekt inżynierski pod tytułem „księgowym" „Projekt budowlany przebudowy wiaduktu nad linią kolejową nr 018 Kutno-Piła w m. Cierpice". Zakres opracowania obejmował rozbiórkę istniejącego wiaduktu i budowę nowego obiektu inżynierskiego. Nowy obiekt pod względem konstrukcyjnym jest tunelem na linii kolejowej Kutno – Piła w km 121+010 pod konstrukcją drogi nr 100911C Dybowo Jarki w km 1+200. Szerokość zaprojektowanego tunelu B=16,01 m, długość tunelu L = 27,51m, szerokość korpusu drogowego który przebija tunel Bk = 28,06 m a wysokość zagłębienia tuneli H = 1,36÷8,03 m. Wobec powyższego, wybudowanie tego obiektu spełnia warunki wskazane w części VII SWZ, czyli stanowi budowę tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub przejścia podziemnego pod drogą lub pod drogą kolejową o długości nie mniejszej 10,00 metrów bieżących (mb)

•Odnośnie zamówienia - Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg-Tolkmicko-Pogrodzie rozbiórka starego i budowa nowego tunelu (Obiekt nr M-4) pod drogą wojewódzką Nr 503 Elbląg-Tolkmicko-Pogrodzie w km 13+514.60, przedstawiam opinię

budowlaną dotyczącą kwalifikacji budowlanej tego obiektu, sporządzoną przez

rzeczoznawcę K.a Dudka. W opinii tej stwierdzono iż „W 2013 roku pod nasypem drogi wojewódzkiej nr 503 w km

13+514,60 koło m. Nadbrzeże, prostopadle do osi drogi firma MOSTY KUJAWY- K. Sz. wybudowała nowy tunel, który w projekcie [3,4] został opisany jako obiekt ekologiczny M-4. W piśmie w części dotyczącej przekazanej informacji przez Generalnego Wykonawcę (FCC Construccion S.A. Oddział w Polsce), wskazano, że obiekt w km 13+514,50 pod drogą wojewódzką nr 503 został wykonany w wyniku przebudowy a nie jak wskazał Wykonawca Robót w wyniku budowy. Z kolei w pkt 1.2 opisu technicznego [4] projektu wykonawczego wskazano że, cyt.: Przebudowa polegać będzie na rozebraniu istniejącego obiektu i wybudowaniu w jego miejscu nowego. Należy wskazać, że faktycznie wykonane roboty wg informacji przekazanej przez firmę MOSTY KUJAWY-K. Sz., to: 1) rozbiórka starego tunelu na przełomie roku 2012/2013 2) budowa nowego tunelu w roku 2013

Generalny Wykonawca (FCC Construccion S.A. Oddział w Polsce) na przełomie roku 2012/2013 rozebrał stary tunel o długości 12,45 m, który stanowił przejście dla zwierząt dziko żyjących wybudowane w 1933 r. Kąt skrzyżowania tunelu z drogą przed jego rozbiórką wynosił 71°. Wg opisu w projekcie wykonawczym rozebrany obiekt był usytuowany w km 13+514,60 drogi wojewódzkiej nr 503, natomiast wg Generalnego Wykonawcy wiadukt ekologiczny w km 13+514,50. W myśl ustawy Prawo Budowlane pojęcie przebudowa dotyczy sytuacji, gdy następuje wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których

nastąpiłaby zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem parametrów charakterystycznych, np. takich jak: wysokość, długość, szerokość. Jak wskazano wyżej, istniejący stary tunel został rozebrany na przełomie roku 2012/2013 i przestał istnieć. W takim przypadku podawanie przez inwestora informacji o jego przebudowie jest niezgodne ze stanem faktycznym. W wyniku dokonanej rozbiórki przedmiot przebudowy zniknął i dalsze postępowanie w sprawie jego przebudowy stało się bezprzedmiotowe. W 2013 r. Firma MOSTY KUJAWY-K. Sz. wybudowała nowy tunel o innych parametrach technicznych. Tunel zgodnie z rozporządzeniem 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. Z 2000r. nr. 63. poz. 735) (obecnie zastąpionego przez Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych z dnia 24 czerwca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. Poz. 1518) stanowi przejście dla zwierząt dziko żyjących w poprzek korpusu drogi (§ 10.1). Długość wybudowanego tunelu wynosi ponad 10 m, a dokładnie 13,70 m bez skrzydeł (24,065 m ze skrzydłami w osi obiektu). Wybudowany tunel to obiekt budowlany kat. XXVIII.

Znów więc należy stwierdzić także w odniesieniu do tego zamówienia, iż wybudowanie tego obiektu też spełnia warunki wskazane w części VII SWZ, czyli stanowi budowę tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub przejścia podziemnego pod drogą lub pod drogą kolejową o długości nie mniejszej 10,00 metrów bieżących (mb).

Zauważyć więc należy, iż w w/w zadaniach dokonywana była nie przebudowa a budowa „od zera" nowego obiektu, gdyż pierwotny obiekt był całkowicie likwidowany. Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ w treści ustalonej zmianą z 16.12.2022r. Ustalona bowiem tą zmianą treść wymogu w części VII pkt 1 ppkt. 3 litera a) czyli „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, polegające na budowie tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub przejścia podziemnego pod drogą lub drogą kolejową o której mowa w treści art 4 pkt 1a ustawy o transporcie kolejowym (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 1984) o długości nie mniejszej 10,00 metrów bieżących (mb) – każda robota budowlana"

Zgodnie bowiem z definicją legalną wskazaną w ustawie Prawo budowlane tj. z dnia 2 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. Poz. 2351) w słowniczku zawartym w art 3 tejże ustawy, przez przebudowę rozumie się :

"7a) przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są

dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego".

W pojęciu zaś: „budowy" którym posługuje się Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, zawiera się, zgodnie z przywołaną wyżej ustawą Prawo Budowlane: "6) budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego".

Nie miało więc miejsce w tych dwóch zadaniach wykonanie zmiany parametrów istniejącego obiektu, a wykonanie nowego obiektu w miejsce poprzedniego który przestał istnieć. Wobec powyższego, stwierdzić należy iż przedstawiony przez Wykonawcę wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, wraz z referencjami dotyczącymi tych robót, w połączeniu z obecnymi wyjaśnieniami, w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzają spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i nie zachodzi konieczność przedłożenia przez wykonawcę MOSTY KUJAWY K. Sz. w trybie art. 128 ustęp 1 ustawy pzp nowego wykazu robót budowlanych.

Do ww. wyjaśnień odwołujący załączył oświadczenie sporządzone przez projektanta obiektu, Pana J. S. oraz opinię budowlaną dotyczącą kwalifikacji budowlanej tego obiektu, sporządzoną przez rzeczoznawcę K. D.

W piśmie J. S. z dnia 14 lutego 2023 r. oświadczył on, co następuje: projektowałem dla Gminy Wielka Nieszawka obiekt inżynierski pod tytułem „księgowym": „Projekt budowlany przebudowy wiaduktu nad linią kolejową nr 018 Kutno-Piła w m. Cierpice". Zakres opracowania obejmował rozbiórkę istniejącego wiaduktu i budowę nowego obiektu inżynierskiego.

Nowy obiekt: Pod względem konstrukcyjnym jest to tunel na linii kolejowej Kutno – Piła w km 121+010 pod konstrukcją drogi nr 100911C Dybowo Jarki w km 1+200.

Szerokość zaprojektowanego tunelu B=16,01 m.

Długość tunelu L = 27,51m

Szerokość korpusu drogowego który przebija tunel Bk = 28,06 m

Wysokość zagłębienia tuneli H = 1,36÷8,03 m.

W opinii budowlanej z dnia 16 lutego 2023 r. rzeczoznawca K. Dudek sformułował następujące wnioski:

1. Firma MOSTY KUJAWY-K. Sz. z siedzibą w m. Mostki IB w 2013 r. pod drogą

wojewódzką nr 503 w km 13+514,60 wybudowała tunel a nie wiadukt. Tunel zgodnie z rozporządzeniem [7] stanowi przejście dla zwierząt dziko żyjących w poprzek korpusu drogi. Długość wybudowanego tunelu wynosi ponad 10 m, a dokładnie 13,70 m bez skrzydeł (24,065 m ze skrzydłami w osi obiektu). Wybudowany tunel to obiekt budowlany kat. XXVIII.

W udostępnionej dokumentacji stwierdzono funkcjonowanie innych nazw tego samego obiektu: obiekt ekologiczny M-4 - w projekcie wykonawczym oraz wiadukt ekologiczny - wg informacji Generalnego Wykonawcy w piśmie [2].

2. Przebudowa obiektu budowlanego, a w tym konkretnym przypadku tunelu, w myśl

ustawy [6] winna stanowić wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których nastąpiłaby zmiana parametrów użytkowych lub technicznych w istniejącym obiekcie budowlanym, z wyjątkiem parametrów charakterystycznych, np. takich jak: wysokość, długość, szerokość. W sytuacji gdy po rozbiórce w 2012 r. obiekt przestał istnieć dalsze postępowanie w sprawie przebudowy obiektu stało się bezprzedmiotowe. Należy również stwierdzić, że informacja Generalnego Wykonawcy w piśmie [2] o przebudowie wiaduktu jest niezgodna ze stanem faktycznym jaki miał miejsce i wprowadza w błąd.

Następnie ustalono, że 24 marca 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

Wykonawca przesłał w dniu 26 stycznia 2023 roku przy użyciu Platformy Przetargowej Urzędu Miasta Włocławek m.in. wykaz robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit, a SWZ, wymienił 2 roboty budowlane:

1, Przebudowa wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87815 Smólnik) — na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 09 kwietnia 2014 roku do dnia 19 grudnia 2014 roku.

2, Rozbiórka starego i budowa nowego tunelu (Obiekt nr M - 4) pod drogą wojewódzką nr 503, która była realizowana przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) — w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia o nazwie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg — Tolkmicko — Pogrodzie", tj. konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. (partner konsorcjum), w okresie od dnia 30 lipca 2012 roku do dnia 31 sierpnia 2013 roku.

Zarówno z nazw przedstawionych zadań jak i z treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wynikało, iż przedmiotem zamówienia były roboty budowlane związanie z przebudową wiaduktów, a nie tuneli. W związku z powyższymi

wątpliwościami Zamawiający, działając w trybie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, w dniu 30 stycznia 2023 r. wystąpił do inwestorów z wnioskami o wyjaśnienie, tj, odpowiednio do:

- Gminy Wielka Nieszawka:

1. czy przedmiot zamówienia, realizowanego przez MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 09 kwietnia 2014 roku do dnia 19 grudnia 2014 roku, obejmował swoim zakresem budowę nowego obiektu inżynierskiego czy może przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego.

2. czy w ramach ww, zamówienia Wykonawca — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) — był obowiązany do wykonania wiaduktu nad linią kolejową nr 018 relacji Kutno — Piła w ciągu drogi gminnej nr 100911 C Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice, czy może wykonania tunelu pod drogą gminną nr 100911 C Dybowo – Jarki km 1+200 w m. Cierpice w ciągu linii kolejowej nr 018 relacji Kutno – Piła.

- Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie:

1. czy przedmiot zamówienia, realizowanego przez konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. (partner konsorcjum) na rzecz Województwa Warmińsko – Mazurskiego (Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie) w okresie od dnia 30 lipca 2012 roku do dnia 31 sierpnia 2013 roku, obejmował swoim zakresem budowę nowego obiektu inżynierskiego (Obiekt M – 4 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503), czy może przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego (Obiekt M – 4 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503).

2. czy znajdujący się w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503 obiekt inżynierski oznaczony jako Obiekt M – 4, którego dotyczyły roboty budowlane realizowane w ramach zamówienia o nazwie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg – Tolkmicko – Pogrodzie", był/jest mostem w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503, czy może tunelem pod drogą wojewódzką nr 503.

W dniu 6 lutego 2023 r. Zamawiający otrzymał odpowiedź od Gminy Wielka Nieszawka, z której wynikało, iż:

- przedmiot zamówienia realizowany przez MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) na rzecz Gminy Wielka Nieszawka w okresie od dnia 9 kwietnia 2014r. do dnia 19 grudnia 2014r., obejmował swoim zakresem przebudowę istniejącego już wcześniej obiektu inżynierskiego.

- w ramach zamówienia Wykonawca — MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1b (87815 Smólnik) był obowiązany do przebudowy wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno-Piła ciągu drogi gminnej nr 100911 C Dybowo-Jarki km 1+200 w m. Cierpice.

Natomiast w dniu 13 lutego 2023 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie przekazał informację, że:

- w ramach w/w zadania Obiekt ekologiczny M-4 w km 13+514,60 został przebudowany, czyli rozebrany został istniejący obiekt i wybudowany w jego miejscu nowy.

- Obiekt M-4 w km 13+514,60 jest wiaduktem ekologicznym.

Na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz informacji uzyskanych od inwestorów ww. inwestycji, które Zamawiający uzyskał na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, stwierdzono, że żadna z dwóch robót budowlanych, wykazanych w złożonym przez Wykonawcę – MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 18 (87-815 Smólnik) – wykazie robót budowlanych, nie spełnia warunku udziału w prowadzonym postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ. Robota budowlana, która była realizowana przez Wykonawcę – MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) – na rzecz Gminy Wielka Nieszawka, polegała bowiem na przebudowie istniejącego już wcześniej wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno – Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo – Jarki km 1+200 w m. Cierpice. Natomiast robota budowlana, która była realizowana przez Wykonawcę – MOSTY KUJAWY K. Sz. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) – w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia o nazwie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg – Tolkmicko – Pogrodzie", tj, konsorcjum firm składzie: FCC Construccion S.A. (lider konsorcjum) oraz Grupa Finansowa Cargo sp. z o.o. (partner konsorcjum), polegała na przebudowie istniejącego już wcześniej wiaduktu ekologicznego, tj, obiektu ekologicznego M-4 w km 13+514,50.

Wobec powyższego, zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, w dniu 14 lutego 2023 r. wezwał ww. wykonawcę do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty — według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ.

Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie w dniu 17 lutego 2023 r. złożył wyjaśnienia o treści (…).

Zamawiający w dniu 1 marca 2023 r., podstawie treści art. 55 ust 3 ustawy PZP powołał biegłego, do oceny wykazu robót przedstawionych przez wykonawcę MOSTY KUJAWY w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o który mowa w treści

rozdziału VII pkt 1 ppkt. 4 lit. a SWZ. Powołany biegły w dniu 7 marca 2023 r. przedstawił opinię, z której wynika, między innymi:

Powołany biegły w dniu 7 marca 2023 r. przedstawił opinię, z której wynika, między innymi:

- w zakresie wykazanego zadania - Przebudowa wiaduktu nad dwutorową linią kolejową nr 018 relacji Kutno Piła w ciągu drogi gminnej nr 100991 1 Dybowo - Jarki km 1+200 w m, Cierpice

Stan faktyczny

Firma Mosty Kujawy K. Sz. w okresie od 09.042014 do 19.12.2014 wykonywała na rzecz gminy Wielka Nieszawka przebudowę wiaduktu nad linią kolejową nr 018 relacji Kutno - Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 C Dybowo Jarki km

1+200 w m Cierpice. W ramach przebudowy wyżej wymieniona firma dokonała rozbiórki istniejącego wiaduktu żelbetowego o rozpiętości 21 m.

Po wykonaniu rozbiórki wykonała od podstaw w tej samej lokalizacji kompletny obiekt nad koleją jako konstrukcję z blach fałdowych (gruntowo powłokową) wraz z wyposażeniem Wnioski:

Zgodnie z definicjami zawartymi w Ustawie przywołanymi powyżej, przebudowa jest to wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Z uwagi na fakt, że w okresie wykonywania prac uprzednio istniejący obiekt został całkowicie rozebrany, to roboty wykonane przez firmę Mosty Kujawy K. Sz. w okresie od 09.04.2014 do 19.12.2014 spełniają warunki definicji budowy, a nie przebudowy obiektu budowlanego.

Reasumując - firma Mosty Kujawy K. Sz., realizując roboty budowlane na rzecz gminy Wielka Nieszawka w okresie od 09.042014 do 19.12 2014 wykonała budowę nowego obiektu inżynierskiego,

Ponieważ pierwotnie nad linią kolejową znajdował się wiadukt drogowy, to po jego przebudowie kwalifikacja obiektu nie uległa zmianie (nadal jest to wiadukt). Znajduje to również potwierdzenie w piśmie Gminy Wielka Nieszawka z dnia 03.02.2023 r. Nowy obiekt spełnia kryteria definicji wiaduktu zawartej w rozporządzeniu, przywołanej powyżej. Firma Mosty Kujawy K. Sz. w ramach zadania wymienionego powyżej wykonała wiadukt nad linią kolejową nr 018 relacji Kutno Piła w ciągu drogi gminnej nr 1009911 Dybowo Jarki km 1+200 w m. Cierpice.

- w zakresie wykazanego zadania - Rozbiórka starego i budowa nowego tunelu (Obiekt nr M 4) pod drogą wojewódzką nr 503

Stan faktyczny.'

Generalny Wykonawca (FCC Construction SA. Oddział w Polsce) na przełomie roku 2012/2013 rozebrał istniejący wiadukt ekologiczny, który stanowił przejście dolne dla zwierząt dziko żyjących Firma Mosty Kujawy K. Sz. w okresie od 09.042014 do 19.12.2014 wybudowała w tej samej lokalizacji nowy obiekt inżynierski.

Wnioski:

Zgodnie z definicjami zawartymi w Ustawie przywołanymi powyżej, przebudowa jest to wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Z uwagi na fakt, że w okresie wykonywania prac przez firmę Mosty Kujawy K. Sz. uprzednio istniejący obiekt został całkowicie rozebrany, to prace wykonane przez firmę Mosty Kujawy K. Sz. w okresie od 30.07.2012 do 31.08.2013 spełniają warunki definicji budowy, a nie przebudowy obiektu budowlanego,

Reasumując - firma Mosty Kujawy K. Sz., realizując roboty budowlane na rzecz gminy Wielka Nieszawka okresie od 30.07.2012 do 31.08.2013, wykonała budowę nowego obiektu inżynierskiego,

Ponieważ pierwotnie przejście dla zwierząt znajdowało się pod wiaduktem drogowym, to po jego przebudowie kwalifikacja obiektu nie uległa zmianie (nadaj jest to wiadukt). Nowy obiekt spełnia kryteria definicji wiaduktu zawartej w rozporządzeniu, przywołanej powyżej. Potwierdzenie tego faktu zawarte jest również w piśmie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie z dnia 13.02.2023 r. [414 Firma Mosty Kujawy K. Sz. w ramach zadania wymienionego powyżej wykonała przejście dolne dla zwierząt dziko żyjących (wiadukt) w ciągu drogi wojewódzkiej nr 503.

Biorąc pod uwagę powyższą analizę, należy stwierdzić, że Wykonawca Mosty Kujawy K. Sz. z siedzibą Mostki 1B, 87-815 Smólnik k. Włocławka nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, polegające na budowie tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub drogą kolejową, o której mowa w treści alt. 4 pkt 1a ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1984 ze zm), o długości nie mniejszej niż 10,00 metrów bieżących (mb) - każda robota budowlana”

Złożone przez Wykonawcę Mosty Kujawy K. Sz. z siedzibą Mostki 1B, 87-815 Smólnik k, Włocławka referencje nie dotyczą potwierdzają doświadczenia w zakresie tuneli, Jak wykazano w pkt ad 2 i ad. 4 niniejszej opinii wybudowane przez Oferenta obiekty należy zakwalifikować jako wiadukty.

Reasumując, na podstawie dokumentów złożonych przez Wykonawcę na wezwania z dnia 26 stycznia i 14 lutego 2023 r., informacji uzyskanych od inwestorów wykazanych

inwestycji (Gminy Wielka Nieszawka i Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie), które Zamawiający uzyskał na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP oraz opinii powołanego w trybie art. 55 ust. 3 ustawy PZP biegłego, stwierdzić należy, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia. Zaistniały zatem przesłanki odrzucenia Wykonawcy wynikające z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy z PZP - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

(por. ww. zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego i o wyborze oferty najkorzystniejszej, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Chybione okazały się wnioski zamawiającego i przystępującego, którzy w swych pismach procesowych wnieśli o częściowe odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, jako spóźnionego. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, jako złożonej przez wykonawcę, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, podnosząc taki zarzut wykonawca ma prawo również powoływać się na nieprawidłowości, jakie towarzyszyły wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie warunku, kierowanego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Powyższe wynika z faktu, że nieprawidłowości te mogą skutkować niezasadnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Skoro zaś przedmiotem odwołania była czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, to nie można było uznać, że odwołanie w omawianej części jest spóźnione.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołujący nie ma racji utrzymując, że wzywanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych byłoby dopuszczalne tylko w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie złożył takich środków lub gdy są one formalnie niepoprawne, natomiast nie jest dopuszczalne w sytuacji, gdy wykonawca złożył formalnie poprawne środki dowodowe, a tylko nie potwierdzają one spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z art. 128 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub

są one niekompletne lub zawierają błędy. Zdaniem Izby, sytuacja, w której złożone formalnie poprawne podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunku, również objęta jest dyspozycją tego przepisu. Takie środki dowodowe nie potwierdzające spełniania warunku należy uznać za niekompletne, błędne, a nawet za niezłożone, w rozumieniu ww. przepisu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że słusznie odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp z innych powodów, niż te, które zasygnalizowano odwołującemu w wezwaniu z dnia 14 lutego 2023 r., kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełniana podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie nie może mieć charakteru jedynie formalnej czynności. Powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany. Treść wezwania zależy od konkretnego stanu faktycznego. W sytuacji gdy wykonawca składa poprawne formalnie podmiotowe środki dowodowe, zamawiający zobligowany jest precyzyjne wskazać, dlaczego te środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku. Dopiero bezskuteczny upływ terminu na usunięcie precyzyjnie opisanego uchybienia, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty, z powodu zaistnienia takiego błędu. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której zamawiający treścią wezwania obejmuje jedno uchybienie w zakresie wykazania warunku, a następnie za powód odrzucenia oferty uznaje inne uchybienie, do usunięcia którego nie wezwał uprzednio w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Izby z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie.

Dostrzeżenia wymagało, że w rozpoznawanej sprawie zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca miał za pomocą podmiotowych środków dowodowych wykazać, że wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, polegające na budowie tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub pod drogą kolejową. o której mowa w treści art. 4 pkt la ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tekst jednolity: Dz U. z 2021 r. poz. 1984 ze zm.), o długości nie mniejszej niż 10,00 metrów bieżących (mb) - każda robota budowlana.

Kluczowa w rozpoznawanej sprawie okazała się całkowita niekonsekwencja zamawiającego co do przyjmowanej przez niego wykładni pojęć „tunel", „przejście podziemne pod drogą lub drogą kolejową" użytych w warunku, a także pojęcia „wiadukt", o

czym będzie mowa poniżej. Podkreślenia wymagało, że w dokumentach zamówienia zamawiający nie sprecyzował ww. pojęć. Natomiast w toku badania i oceny ofert dokonywał znaczących, niekonsekwentnych zmian przy ich interpretacji na etapie wezwania odwołującego do uzupełniania warunku, na etapie odrzucenia oferty odwołującego, na etapie konstruowania odpowiedzi na odwołania i wreszcie na etapie rozprawy przed Izbą. Takie działanie zamawiającego w sposób oczywisty naruszało zasadę przejrzystości, co należało uznać za całkowicie niedopuszczalne.

Po pierwsze, jak już wskazano wcześniej, zamawiający w dokumentach zamówienia nie sprecyzował pojęć „tunel", „przejście podziemne pod drogą lub drogą kolejową" użytych w warunku, jak również pojęcia „wiadukt". Na etapie wzywania odwołującego do uzupełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp zamawiający zamawiający również tych pojęć nie precyzował.

Jednakże, na etapie odrzucenia oferty odwołującego zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty wskazał, posiłkując się opinią powołanego przez siebie biegłego z dnia 3 marca 2023 r., że powodem odrzucenia oferty odwołującego jest to, że nowe obiekty wybudowane przez wykonawcę spełniają kryteria definicji wiaduktu zawartej w rozporządzeniu, przywołanej powyżej. Co istotne, w opinii, na którą zamawiający powołał się w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, była mowa o rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1518). Jak wynikało z powyższego, zamawiający w

uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego nie odwoływał się już do potocznego znaczenia pojęcia „wiadukt", ale co do definicji legalnej tego pojęcia wynikającej z ww. rozporządzenia. Dostrzec należało, że zgodnie z § 4 pkt 26 ww. rozporządzenia, za wiadukt uznaje się budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi nad przeszkodą, w której żadne przęsło nie znajduje się nad wodami powierzchniowymi. Powyższe oznaczało, że zamawiający zdawał się przyjmować przy wykładni pojęć z warunku siatki pojęciowe wynikające z ww. rozporządzenia. Podkreślenia wymagało, że w tym samym rozporządzeniu znajduje się także definicja tunelu, przez który, zgodnie z § 4 pkt 23, rozumie się budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi przez przeszkodę lub pod przeszkodą. Rozwinięcie tych pojęć znajduje się zaś w § 98 ww. rozporządzenia, który stanowi:

1. Mosty, wiadukty i tunele dzieli się na:

1) drogowe - przeznaczone do przeprowadzenia drogi;

2) tramwajowe - przeznaczone do przeprowadzenia wyłącznie drogi szynowej dla tramwajów;

3) dla pieszych, dla rowerów lub dla pieszych i rowerów - przeznaczone do przeprowadzenia wyłącznie drogi dla pieszych, drogi dla rowerów lub drogi dla pieszych i rowerów.

2. Po moście lub wiadukcie albo w tunelu dopuszcza się przeprowadzenie urządzeń drogi lub urządzeń obcych.

3. Przepusty dzieli się na:

1) hydrauliczne - o zamkniętym przekroju poprzecznym, przeznaczone do przeprowadzenia wód powierzchniowych;

2) techniczne - o zamkniętym przekroju poprzecznym, przeznaczone do przeprowadzenia urządzeń drogi lub urządzeń obcych;

3) dla zwierząt - przeznaczone do przeprowadzenia szlaku wędrówek małych zwierząt dziko żyjących.

4. Wiadukt przeznaczony do przeprowadzenia nad drogą szlaku wędrówek średnich lub dużych zwierząt dziko żyjących określa się jako przejście górne dla zwierząt.

5. Przeszkodę w postaci szlaku wędrówek średnich lub dużych zwierząt dziko żyjących pod mostem lub wiaduktem określa się jako przejście dolne dla zwierząt.

Jak wynikało z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego a contrario, powodem odrzucenia oferty odwołującego było więc to, że zamawiający nie uznał budowli wykonanych przez odwołującego za „tunele", lecz nie w znaczeniu potocznym tego słowa, ale w znaczeniu nadawanym przez ww. rozporządzenie. Podkreślenia wymagało więc już w tym miejscu, o czym będzie szerzej mowa dalej, że był to zupełnie inny powód odrzucenia oferty odwołującego, aniżeli ten, który przyświecał zamawiającemu przy konstruowaniu wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Pzp z dnia 14 lutego 2023 r.

Kolejno dostrzeżenia wymagało, że w odpowiedzi na odwołanie prezentowana przez zamawiającego interpretacja analizowanych pojęć uległa kolejnej zmianie. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający, posiłkując się opinią techniczną z dnia 12 kwietnia 2023 roku (załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie), odwołał się do pojęcia „tunelu" i „obiektu mostowego", ale zawartych w 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. z 2000r. nr 63 poz. 735 z późn. zm.), jako przepisów obowiązujących w dacie wykonywania spornych obiektów. Zgodnie z § 3 ww. rozporządzenia, Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

1) obiekcie mostowym - rozumie się przez to budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę,

2) tunelu - rozumie się przez to 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,

Rozwinięcie ww. definicji znajdowało się w dalszych przepisach ww. rozporządzenia. W § 10 normodawca przewidział:

1. Dla zwierząt dziko żyjących powinno być zapewnione bezkolizyjne przemieszczanie się ich z jednej na drugą stronę drogi klas A, S, GP i G, z zastrzeżeniem ust. 2, w miejscach nasilonej migracji, a w szczególności w większych kompleksach leśnych oraz obszarach bagiennych i innych przeciętych drogą siedliskach rzadkich i zagrożonych gatunków, wskazanych przez właściwe organy administracji rządowej lub właściwe jednostki samorządu terytorialnego. Powinno to być realizowane jako:

1) przejścia w tunelach w poprzek korpusu drogi,

2) przejścia po kładkach (wiaduktach) nad drogą.

2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do istniejących dróg klas GP i G poddawanych odbudowie, rozbudowie i przebudowie.

W § 58 normodawca przewidział:

§ 58 Wiadukty, o których mowa w § 10 ust. 1 pkt 2, powinny w szczególności:

1) być wyposażone w pokrywę wegetacyjną i zieleń ekranizującą rozmieszczoną wzdłuż bocznych krawędzi obiektu,

2) mieć szerokość użytkową przeznaczoną dla poruszania się zwierząt nie mniejszą niż 10 m i w miarę możliwości zwiększającą się ku przyczółkom,

3) być wyposażone w zasłaniające ogrodzenia na dojściach do obiektu, odchylone od osi przejścia pod kątem zbliżonym do 60° i łączące się z zielenią ekranizującą na obiekcie – w celu naprowadzenia zwierzyny.

W § 67 normodawca przewidział:

1. Tunele, o których mowa w § 10 ust. 1 pkt 1, powinny mieć kształt i wymiary dostosowane do wielkości zwierząt:

1) małych – przekrój okrągły o średnicy nie mniejszej niż 1 m,

2) średnich – przekrój prostokątny o wysokości nie mniejszej niż 1,5 m i szerokości nie mniejszej niż 3,5 m,

3) dużych – przekrój prostokątny o wysokości nie mniejszej niż 4 m i szerokości wynikającej ze współczynnika

względnej ciasnoty E nie mniejszego niż 1,5, określonego w ust. 2.

4. Tunele, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, powinny mieć:

1) prześwity w stropie na odcinku pasa dzielącego, odpowiednio zabezpieczone barierami, o których mowa w § 90 ust. 3 pkt 1 lit. b),

2) przy wlotach i wylotach:

a) skośne ściany czołowe, odchylone od osi przejścia pod kątem nie mniejszym niż 45° i zagospodarowane zbocza nasypów poprzez zastosowanie odpowiednich zakrzaczeń i zadrzewień,

b) płoty zasłaniające o długości (30÷50) m – w przypadku braku ogrodzenia na drodze.

Co więcej, zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odwołał się także do definicji „tunelu liniowego", znajdującej się w części II Podział, Określenia i Definicje Dział 1. Podstawowe określenia i definicje p. 1 pp. 5: dokumentu zatytułowanego Warunki techniczne dla kolejowych obiektów inżynieryjnych Id-2 (D2)", będące załącznikiem do zarządzenia Nr 29/2005 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 5 października 2005 r.). W definicji tej przez „tunel liniowy" rozumie się obiekt inżynieryjny umożliwiający przeprowadzenie linii kolejowej pod powierzchnią terenu.

W ocenie Izby niewątpliwie powyższa argumentacja pozostawała w sprzeczności zarówno z uzasadnieniem faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego, jak również z treścią wezwania z dnia 14 lutego 2023 r.

Kolejno, w trakcie rozprawy przed Izbą, odpowiadając na pytanie przewodniczącego, w jaki sposób zamawiający rozumiał pojęcie „tunelu", którym posłużył się w treści warunku udziału w postępowaniu i czy odnosiło się ono do rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r., do którego zamawiający referował w odpowiedzi na odwołanie, czy też do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 24 czerwca 2022 r., do którego zamawiający odwoływał się w uzasadnieniu czynności odrzucenia, zamawiający odpowiedział, że konstruując warunek nie odwoływał się do żadnej definicji legalnej „tunelu". Wskazał, że pojęcie „tunel" należy rozumieć w sposób, który podpowiada logika, tzn. sposób pokonania przeszkody naturalnej lub wytworzonej przez człowieka pod tą przeszkodą. Odpowiadając zaś na kolejne pytanie zadane przez przewodniczącego w trakcie rozprawy zamawiający odparł, że przy interpretacji pojęcia „wiadukt" nie stosuje też żadnej definicji legalnej. Oświadczył, że „wiadukt" jest to sposób pokonania przeszkody naturalnej lub wytworzonej przez człowieka nad tą przeszkodą.

Jak wynikało z powyższego, w trakcie rozprawy zamawiający po raz kolejny zmienił swoje stanowisko na temat interpretacji pojęcia „tunel", użytego w warunku, a także na temat pojęcia „wiadukt", za który uważał obiekty wybudowane przez odwołującego. Stanowisko prezentowane ustnie w trakcie rozprawy przez zamawiającego okazało się zatem sprzeczne z treścią uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, jak również z treścią odpowiedzi na odwołanie.

Zdaniem Izby takie działanie zamawiającego przy ocenie spełniania warunku należało uznać za niedopuszczalne, naruszające zasadę przejrzystości postępowania.

Niezależnie od powyższych argumentów należało także przyznać rację odwołującemu, że uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty okazało się nad wyraz lakoniczne i niewyczerpujące. Sprowadzało się bowiem wyłącznie do

zacytowania oświadczeń inwestorów, fragmentów opinii biegłego z dnia 3 marca 2023 r., zwieńczonego zaledwie dwoma stwierdzeniami:

a) skoro inwestorzy obiektów referencyjnych nie zmienili klasyfikacji obiektów jako wiaduktów, a odwołujący wykonał ich rozbiórkę i wykonał w ich miejsce nowe obiekty, to są to na pewno wiadukty,

b) nowe obiekty spełniają definicję „wiaduktu" w rozumieniu rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1518).

Co do pierwszego argumentu, to nawet przyjmując, że wykonawca rzeczywiście wyburzał wiadukty, nie oznaczało jeszcze, że w ich miejsce na pewno wybudował też wiadukty. O cechach nowobudowanego obiektu nie decydują bowiem cechy obiektu wyburzanego.

Co do drugiego argumentu, to stwierdzenie to nie zostało w jakikolwiek sposób rozwinięte, nie wyjaśniono powodów takiego zdefiniowania nowowybudowanych obiektów. Stwierdzenie to okazało się zatem nieweryfikowalne.

Zgodzić należało się także z odwołującym, że zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty nie odniósł się do całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Zamawiający nie wskazał dlaczego odmawia wiarygodności oświadczeniu projektanta J. S. z dnia 14 lutego 2023 r., załączonego do wyjaśnień odwołującego. Zamawiający nie odniósł się także do opinii budowlanej rzeczoznawcy budowlanego K. Dudka z dnia 16 lutego 2023 r., pomimo, iż rzeczoznawca ten, w opinii przedstawił wywód, dlaczego obiekt M4 nie może być zakwalifikowany jako wiadukt ekologiczny w rozumieniu § 58 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 (Dz. U. z 2000 r. nr 63, poz. 735 ze zm.).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty odwołującego, z przyczyn podanych wcześniej, a dodatkowo obarczona tak wadliwym uzasadnieniem faktycznym, jakie sporządził zamawiający, nie odpowiadała prawu i musi zostać unieważniona.

W tej sytuacji Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W trakcie ponownego badania i oceny ofert zamawiający powinien przyjąć jednolitą i konsekwentnie prezentowaną interpretację pojęć używanych przez siebie w warunku, która znajdować będzie oparcie w treści dokumentów zamówienia. Po przyjęciu takiej interpretacji zamawiający powinien odnieść treść warunku udziału w postępowaniu do treści podmiotowych środków dowodowych złożonych przez odwołującego, jak również innych oświadczeń i dokumentów, dotyczących spornych inwestycji referencyjnych, które już znajdują się w posiadaniu zamawiającego.

Jeżeli zaś zamawiający uzna, że całokształt tych oświadczeń i dokumentów nie odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu, to powinien wystosować do odwołującego nowe, prawidłowe, kompletne wezwanie do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Co jednak istotne, w treści wezwania zamawiający powinien przedstawić swoje rozumienie warunku, znajdujące oparcie w dokumentach zamówienia, następnie odnieść treść tego warunku do oświadczeń i dokumentów złożonych przez odwołującego i innych dokumentów zgromadzonych w sprawie, kolejno wskazać i wyjaśnić, dlaczego w ocenie zamawiającego oświadczenia i dokumenty złożone przez sprawie nie potwierdzają tego warunku.

Jeśli zaś wykonawca w odpowiedzi na ewentualne wezwanie powoływać się będzie w dalszym ciągu na te same inwestycje referencyjne, to gdy zamawiający zdecyduje się na odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, to powodem odrzucenia oferty odwołującego może być wyłącznie nieusunięcie uchybień, wskazanych w treści wezwania. Co istotne jednak, przy ewentualnym odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty, powinien prezentować taką samą interpretację warunku udziału w postępowaniu, jaką przyjął w treści wezwania.

Przy ocenie spełniania warunku zamawiający powinien także wziąć pod uwagę, że zgodnie z jego treścią można było się wykazać doświadczeniem nie tylko w budowie tunelu ale także przejścia podziemnego pod drogą lub pod drogą kolejową. Wobec powyższego, jeśli zamawiający uzna, że oświadczenia i dokumenty złożone przez odwołującego i inne dokumenty nie potwierdzają warunku, powinien wskazać w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, dlaczego ewentualnie również ten element warunku nie jest wykazany.

Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze przed Izbą służy weryfikacji legalności czynności zamawiającego. Zgodnie z art. 513 pkt 1 i pkt 2 Pzp

odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wynika z ww. przepisów, to zamawiający zobowiązany jest zatem do dokonania wpierw czynności oceny spełniania warunku, a następnie tak dokonana ocena może być przedmiotem oceny Izby. W analizowanej sprawie zaś trudno uznać, aby zamawiający takiej oceny ostatecznie dokonał, skoro w toku postępowania o udzielenie zamówienia prezentował wykluczające się stanowiska, zaś w toku postępowania odwoławczego zaprezentował dodatkowe, całkowicie nowe elementy tej oceny. Podkreślenia wymaga zaś, że Izba nie jest uprawniona do zastępowania w czynnościach kierownika zamawiającego ani komisji przetargowej. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Za chybiony natomiast należało uznać zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp. Jak wynika z ww. przepisu zamawiający może skierować do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień co do treści podmiotowych środków dowodowych. W świetle ww. przepisu, zamawiający nie ma zatem obowiązku wystosowania takiego wezwania do wykonawcy. Zarzut okazał się zatem nietrafny.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza, w świetle kryteriów oceny ofert.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie dokumentów złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..…