Sygn. akt: KIO 89/25

WYROK

Warszawa, dnia 11.02.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2025 r. przez Odwołującego: **M.P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **A.M. z/s w Gryficach (**Rzęskowo 35B, 72300 Gryfice) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie** (ul. Szczecińska 3,1 75122 Koszalin)

- Uczestnik po stronie Zamawiającego: **ZRIB D.Y.K.O.W.S.K.I. Sp. z o.o. z/s w Szczecinie** (ul. Dąbska 78, Szczecin)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **M.P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **A.M. z/s w Gryficach (**Rzęskowo 35B, 72300 Gryfice) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

……..

Sygn. akt: KIO 89/25

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2025 r. przez wykonawcę A.M. z/s w Gryficach (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP]przez Zamawiającego: Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Przebudowa DW 114 w m. Trzeszczyn". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 21/10/2024 w BZP00555774.

Odwołujący podał: (...) wnoszę o odwołanie:

Od niezgodności z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Przebudowa DW 114 w m. Trzeszczyn", polegającej na podważeniu referencji ZDP Kołobrzeg, dotyczącą *„Budowa ciągu pieszo-rowerowego wzdłuż drogi powiatowej nr 3309Z Rościęcino-Rzesznikowo, na odcinku od osiedla VILPARK do skrzyżowania ze ścieżką rowerową w m. Charzyno Według Zamawiającego ZZDW Koszalin, ciąg pieszo-rowerowy nie jest uznawany jako droga.*

W związku z nieuznaniem przez Zamawiającego w/w referencji w dniu 08.12.2024r. otrzymaliśmy pismo dotyczące zmiany w formularzu składanego na wezwanie Zamawiającego. Dnia 11.12.2024r. zostało wysłane uzupełninie z nowymi referencjami dot. zadania „Remont drogi powiatowej nr. DP 3114Z na odcinku Prusinowo Gryfice". Rodzaj wykonywanych robót – przebudowa drogi powiatowej. Jako wykonawca robót budowlanych, posiadaliśmy referencje od Marina Developer, dla której wykonywaliśmy inwestycje pt. „Budowa budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z zagospodarowaniem terenu na działce nr 870, przy ul. Wybrzeże Kościuszkowskie w Dziwnowie". Zakres robót obejmował między innymi :

**budowę kanalizacji deszczowej*

**budowę sieci wodociągowej*

**demontaż i ponowne ułożenie dróg z płyt drogowych*

**budowę drogi wraz z parkingami oraz przyległymi chodnikami*

**regulacja i obetonowanie włazów studni rewizyjnych oraz wpustów drogowych*

Referencje choć odpowiadały wymogą, nie zostały dołączone w związku z tym, iż inwestycja była wykonywana na drogach wewnętrznych. Zamawiający nie miał możliwości weryfikacji referencji.

Zamawiającemu zarzucam :

*1.**Podważenie referencji z ZDP Gryfice tłumacząc, że przedmiot inwestycji dotyczył remontu a nie przebudowy czy budowy drogi, zwrócił się do inwestora zadania ZDP Gryfice czy zadanie pt:"Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo - Gryfice" dotyczył przebudowy czy remontu. ZDP Gryfice poświadczyło, że inwestycja dotyczyła remontu a nie przebudowy.***

Uzasadnienie zarzutu.

Informacje o zamówieniu ZDP Gryfice

-ogłoszenie przetargu nastąpiło w dniu 24 maj 2022
-Otwarcie ofert było w dniu 15 czerwca 2022
-Informacja o wyborze oferty była w dniu 6 lipca 2022
W momencie zawarcia umowy przez ONDE (moja firma wykonywała roboty jako podwykonawca) - wykonywaliśmy cały zakres oprócz prac związanych z frezowaniem, układaniem warstw bitumicznych). Projekt kanalizacji był na etapie koncepcji. W specyfikacji warunków zamówienia nie było jakiejkolwiek informacji obudowie kanalizacji deszczowej. Projekt kanalizacji deszczowej na danym odcinku powstał w czerwcu 2022r. a zatwierdzony został w lipcu 2022r. pod nazwą „Przebudowa DP 3114Z w zakresie odwodnienia w m. Niekładź. A więc po zakwalifikowaniu rodzaju prowadzonych robót i nadaniu nazwy inwestycji
"Przebudowa DP3114Z w Zakresie Odwodnienia w m. Niekładź" było w ramach tego samego zadania pt. "Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo - Gryfice". Ponadto odcinek kanalizacji deszczowej na danym odcinku nie istniał wiec odbyła się jego budowa a nie przebudowa. ZDP Gryfice wprowadziło umyślnie lub nie ZZDW Koszalin w błąd powołując się na samą nazwę zamówienia, a nie na jego dołączoną dokumentację w trakcie realizacji zamówienia, możliwą zmianę rodzaju inwestycji czy na zakres i rodzaj jego przedsięwzięcia.
Zwracam uwagę, że pozwolenie na remont, przebudowę czy budowę wystawia Starostwo Powiatowe w Gryficach. Zarząd Dróg Powiatowych jest podległy pod te Starostwo, to tak jak by wystawili dokument pozwalający oraz określający rodzaj inwestycji sami sobie.
2.Nieznajomość przepisów prawa.
Zgodnie z art. 4 – Drogi publiczne pkt.2 budowlę składającą się z części i urządzeń drogi, budowli ziemnych, lub drogowych obiektów inżynierskich, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, stanowiącą całość techniczno-użytkową, usytuowaną w pasie drogowym i przeznaczoną do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, ruchu osób poruszających się przy użyciu urządzenia wspomagającego ruch, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt;
W/w zarzut dot. odrzucenia referencji budowy „Budowa ciągu pieszo-rowerowego wzdłuż drogi powiatowej nr 3309Z Rościęcino-Rzesznikowo, na odcinku od osiedla VILPARK do skrzyżowania ze ścieżką rowerową w m. Charzyno".
Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania na podstawie art. 554 § 3 pkt. 1a ; 554 § 3 pt. 1b.
Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:
- •Projekt techniczny „Budowa ciągu pieszo-rowerowego wzdłuż drogi powiatowej nr 3309Z Rościęcino-Rzesznikowo, na odcinku od osiedla VILPARK do skrzyżowania ze ścieżką rowerową w m. Charzyno"
- •Specyfikacja warunków zamówienia „Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo- Gryfice"
- •Specyfikacja warunków zamówienia „Przebudowa DW 114 w m. Trzeszczyn"
- •Projekt Architektoniczno-Budowlany „Przebudowa drogi powiatowej nr DP3114Z w zakresie odwodnienia w m. Niekładź"
- •Poświadczenie należytego wykonania umowy – Marina Developer - „Budowa budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z zagospodarowaniem terenu na działce nr 870, przy ul. Wybrzeże Kościuszkowskie w Dziwnowie"
- •Korespondencja z ZZDW Koszalin
- •Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty
- •Poświadczenie należytego wykonania umowy – ZDP Gryfice Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo - Gryfice".
- •Poświadczenie należytego wykonania umowy - „Budowa ciągu pieszo-rowerowego wzdłuż drogi powiatowej nr 3309Z Rościęcino-Rzesznikowo, na odcinku od osiedla VILPARK do skrzyżowania ze ścieżką rowerową w m. Charzyno"

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 5/02/25) wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

Zgodnie z działem VII SWZ do w/w postępowania, Zamawiający określił warunku udziału w postępowaniu, tj.: *O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia poniżej określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej: Zamawiający uzna, że Wykonawca osiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonania zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie dróg, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto każda*."

W dniu 25 listopada 2024 roku Zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wezwał firmę ARDEN M.P., Rzęskowo 35B, 72-300 Gryfice do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a określonych w specyfikacji warunków zamówienia, tj. wykazu robót budowlanych oraz dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane należycie oznaczając termin ich dostarczenia Zamawiającemu do dnia 3 grudnia 2024 roku.

2 grudnia 2024 roku Odwołujący przedłożył podmiotowe środki dowodowe. Pismem z dnia 9 grudnia 2024 roku

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wezwał Odwołującego o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w terminie do 13 grudnia 2024 roku.

11 grudnia 2024 roku Odwołujący uzupełnił podmiotowe środki dowodowe wskazując dwa zadania:

1)Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo – Gryfice;

2)Budowa dróg w m. Stołąż (250m) i Tąpadły (1100 m) w technologii kostki brukowej z infrastrukturą towarzyszącą (kan. Deszcz., ośw. LED) – Projektuj buduj.

Zamawiający w związku z wątpliwościami w zakresie przedłożonych podmiotowych środków dowodowych w zakresie inwestycji pn. „Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo – Gryfice" wystąpił do Zamawiającego w/w inwestycji o określenie, czy w/w inwestycja zgodnie z prawem budowlanym była remontem, czy przebudową.

Dowód: pismo z dnia 13 grudnia 2024 roku, znak sprawy: ZZDW – 6.3810.205.9.2024.8.3.2 skierowane do Zarządu Dróg Powiatowych w Gryficach. – znajduje się w aktach sprawy.

W odpowiedzi na zapytanie, Zarząd Dróg Powiatowych w Gryficach potwierdził w piśmie, że wskazana inwestycja, której realizatorem była firma ONDE S.A. była remontem, a nie przebudową, ponieważ nie nastąpiła zmiana parametrów użytkowych i technicznych drogi.

Dowód: Pismo z dnia 17 grudnia 2024 roku, znak sprawy: ZDP.0710.217.2024.MG. – znajduje się w aktach sprawy.

W dniu 7 stycznia 2025 roku zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty (znak pisma: ZZDW-6.3810.2025.10.2024.8.3.2) – znajduje się w aktach sprawy. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit b ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Wykonawca przedłożył wykaz robót, w którym zostały podane dwa zadania oraz załączył dokumenty na ich należyte wykonanie. Jedno z przedłożonych zadań dotyczyło remontu drogi.

Uwzględniając przedłożoną do Krajowej Izby Odwoławczej pełną dokumentację z postępowania, należy wskazać że pod względem proceduralnym nie doszło do żadnych naruszeń. Co, także podnosi Strona Odwołująca. Firma A.M. podnosi w swoim odwołaniu, że wskazane przez niego roboty spełniają wymogi określone w SWZ oraz przedłożone dokumenty spełniają wymagania podmiotowych środków dowodowych.

Należy wskazać, że Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w dziale VII SWZ do postępowania warunki zdolności technicznej i zawodowej by móc się ubiegać o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze specyfikę realizowanego przedsięwzięcia, Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie budowy lub przebudowy drogi, a nie jej remontu. Zgodnie z definicjami legalnymi, zakres tych jest zupełnie inny, czego Zamawiający jest tego świadomy i z pełną świadomością został w taki a nie inny sposób określony wymóg zdolności technicznej i zawodowej. Ponad to, rozpoczęcie realizacji inwestycji w przypadku budowy i przebudowy jest zupełnie inny niż w przypadku remontu. Inwestor musi dokonać zupełnie innych czynności administracyjnych, uzyskania zgód, a także opracowania odpowiedniej dokumentacji. Odwołujący wskazuje, że mimo nazwy samego zadania, jego zakres odpowiadał przebudowie. Faktu tego nie potwierdza sam Inwestor, a także wskazany zakres robót wymieniony w poświadczeniu należytego wykonania umowy z dnia 10 listopada 2023 roku podpisany przez Zarząd Dróg Powiatowych w Gryficach – dokument w aktach postępowania. Zakres przedstawionych robót również potwierdza fakt, że był to remont, a nie przebudowa lub budowa drogi. Jej parametry techniczne nie uległy zmianie co jest elementem kluczowym odróżniającym remont od przebudowy. „(…) informuję, iż w myśl ustawy Prawo budowlane nie nastąpiła przebudowa w/w odcinka tj. nie dokonano zmiany parametrów użytkowych i technicznych drogi." – fragment z pisma Zarządu Dróg Powiatowych w Gryficach (znak sprawy: ZDP.0710.217.2024.MG) – znajduje się w aktach postępowania.

Zamawiający utrzymuje w pełni swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie nie spełnienia wymogów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej złożonej oferty. Odwołujący, nie udowodnił na podstawie podmiotowych środków dowodowych, że spełnia te kryteria. To na nim ciąży obowiązek dowodowy by w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wskazać, że spełnia wymogi umożliwiające udział w postępowaniu. Zamawiający zwraca uwagę, że cywilistyczna zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych ulega znacznemu ograniczeniu - po stronie zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta. Dlatego też zamawiający niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy, co z kolei powoduje, że wykonawca często ma ograniczony wpływ na kształt zawieranej umowy, ma jednak możliwość decydowania, czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać. Umowa i jej postanowienia w wielu przypadkach (załączenia przez zamawiającego gotowego projektu umowy do SIWZ) są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym. Wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty (wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2017r, KIO 558/17). Warunki umowne są takie same dla wszystkich potencjalnych Wykonawców na etapie składania

oferty. Wykonawca ma możliwość wcześniejszego zapoznania się z warunkami umownymi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i chce złożyć ofertę. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada na zainteresowanego obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 14 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 314/11). Natomiast Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawszeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Dlatego też, Zamawiający konstruując warunki umożliwiające udział danego podmiotu w postępowaniu, wymaga niezbędnego doświadczenia i zasobów technicznych dających gwarancję należytego wykonania robót budowlanych. Na Zamawiającym ciąży bowiem szczególny obowiązek prawidłowego, zgodnego z prawem, ale także celowego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych. Określenie wymogów zdolności technicznej i zawodowej jest jednym z nielicznych narzędzi, na podstawie której Zamawiający może określać wymogi formalne względem potencjalnego Wykonawcy, którego musi wybrać po spełnieniu przez niego określonych w postępowaniu i przepisach szczególnych wymagań. Dotyczy to zarówno wymogu w zakresie budowy lub przebudowy a nie remontu, a także faktu że wymogiem była budowa lub rozbudowa drogi a nie ciągu pieszo-rowerowego. To są zupełnie inne inwestycje różniące się zarówno finansowo, technologicznie jak i wykorzystywanym sprzętem.

Podsumowując, w imieniu Zamawiającego pragnę zaznaczyć, że Zamawiający w sposób jasny, precyzyjny i nie budzący w żaden sposób wątpliwości interpretacyjnych określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Na etapie samego postępowania nie zostały zgłoszone żadne pytania, ani wnioski w zakresie wyjaśnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast Odwołujący, mimo wezwania o przedstawienie podmiotowych środków dowodowych i wezwania do uzupełnienia ich braków, nie przedstawił jednoznacznych i nie budzących wątpliwości dokumentów wskazujących na spełnienie w/w warunków.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ZRIB D.Y.K.O.W.S.K.I. Sp. z o.o. z/s w Szczecinie (Uczestnik lub Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 5.02.2025 r. podał: (...) popieram w pełni stanowisko Zamawiającego i wnoszę o oddalenie odwołania. W pierwszej kolejności wskazuje, że w specyfikacji warunków zamówienia w dziale VII- Warunki udziału w postępowaniu. Podstawy wykluczenia zamawiający wskazał na następujący warunek udziału w postępowaniu: „*O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia poniżej określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej: Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie dróg, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto każda*."

Wykonawca A.M. wskazał w wykazie robót budowlanych dwie roboty budowlane, które nie spełniały warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca A.M. na wezwanie Zamawiającego przedłożył ponownie w wykazie robót budowlanych robotę budowlaną wykonaną na rzecz Zarządu Dróg Powiatowych w Gryficach oraz na rzecz Gminy Brojce.

Odwołujący przedłożył także referencje dotyczące obu wykazanych robót budowlanych. W referencjach wydanych przez Zarząd Dróg Powiatowych Gryfino wskazano na zakres prac wykonanych przez Odwołującego oraz potwierdzono wykonywanie prac polegających na remoncie drogi powiatowej. Natomiast w referencjach wydanych przez Gminę Brojce wskazano na zakres prac dotyczący budowy dróg w mieście Stołąż i Tąpadły.

Jak wynika z uzasadnienia dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy z uwagi na fakt, iż roboty budowlane wykonane na rzecz Zarządu Dróg Powiatowych w Gryficach nie dotyczyły przebudowy drogi, czy też budowy, a remontu. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający dokonał należytej staranności bowiem zwrócił się do Zarządu Dróg Powiatowych w Gryficach o informacje czy nastąpiła zmiana parametrów użytkowych drogi. Wobec jednoznacznej odpowiedzi Zarządu Dróg Powiatowych w Gryficach, iż nie nastąpiła zmiana parametrów użytkowych drogi Zamawiający doszedł do wniosku, iż wykazane roboty budowlane dotyczyły remontu, a nie przebudowy czy budowy drogi. Należy wyraźnie wskazać, iż Prawo budowlane wyraźnie rozróżnia te 3 definicje. W art. 3 pkt 6) Prawa budowlanego wskazano definicję legalną budowy przez którą należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. W art. 6 pkt 7a) zawarta została definicja przebudowy przez którą należy 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. A w art. 6 pkt 8) mamy do czynienia z definicją remontu przez którą należy o rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym;

Jak z powyższego wynika definicja remontu jest najwęższa i tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wykazywanie się remontem zamiast budową czy przebudową drogi. Nie sposób się zgodzić także z twierdzeniem Odwołującego, cyt; „Zamawiającemu zarzucam : 1.Podważenie referencji z ZDP Gryfice tłumacząc, że przedmiot inwestycji dotyczył remontu a nie przebudowy czy budowy drogi, zwrócił się do inwestora zadania ZDP Gryfice czy zadanie pt:"Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo - Gryfice" dotyczył przebudowy czy remontu. ZDP Gryfice poświadczyło, że inwestycja dotyczyła remontu a nie przebudowy.", bowiem Zamawiający nie podważył w żaden sposób referencji ZDP Gryfice. Zamawiający dochował należytej staranności i zwrócił się do ZDP Gryfice o wyjaśnienia, które potwierdziły, iż mamy do czynienia z remontem, a nie przebudową drogi. Bez znaczenia jest także obecne powoływanie się przez Odwołującego na dodatkowe dokumenty, czy też obecne twierdzenia cyt; „A więc po zakwalifikowaniu rodzaju prowadzonych robót i nadaniu nazwy inwestycji "Przebudowa DP3114Z w Zakresie Odwodnienia w m. Niekładź" było w ramach tego samego zadania pt "Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo - Gryfice". Ponadto odcinek kanalizacji deszczowej na danym odcinku nie istniał wiec odbyła się jego budowa a nie przebudowa, gdyż to rolą Wykonawcy jest wskazywanie w wykazie robót budowlanych takich robót, które spełniają warunki udziału w postępowaniu. Skoro Wykonawca chciał, aby Zamawiający ocenił inną robotę budowlaną, czy też chciałby wykazać, iż w ramach robót budowlanych wskazanych w wykazie doszło do określonej zmiany, która spełnia warunek udziału w postępowaniu to Odwołujący powinien wskazać w wykazie robót budowlanych określone roboty budowlane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej, że Zamawiający wzywał Wykonawcę do uzupełnienia i wyraźnie wskazywał, że robota budowlana zrealizowana na rzecz ZDP Gryfice nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wyraźnie wskazał, cyt.: „Jedno z wykazanych zadań dotyczy remontu drogi powiatowej, natomiast drugie budowy ciągu pieszo-rowerowego, co nie jest zgodne z warunkiem." To zatem na Wykonawcy ciąży podwyższona staranność w zakresie złożonej oferty. Wykonawca nie może przerzucać w tym zakresie odpowiedzialności na Zamawiającego. (...)

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (KIO lub Izba) ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący – A.M. - w odwołaniu z dnia 10.01.2025 r. kwestionując odrzucenie oferty wykonawcy jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp wskazał na dwie okoliczności:

1) niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność polegającą (...) na podważeniu referencji ZDP Kołobrzeg, dotyczącą „*Budowa ciągu pieszo-rowerowego wzdłuż drogi powiatowej nr 3309Z Rościęcino-Rzesznikowo, na odcinku od osiedla VILPARK do skrzyżowania ze ścieżką rowerową w m. Charzyno Według Zamawiającego ZZDW Koszalin, ciąg pieszo-rowerowy nie jest uznawany jako droga.*
2) niezgodne z ustawą Pzp podważenie **(...)** referencji z ZDP Gryfice tłumacząc, że przedmiot inwestycji dotyczył remontu a nie przebudowy czy budowy drogi, zwrócił się do inwestora zadania ZDP Gryfice czy zadanie pt:"Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo - Gryfice" dotyczył przebudowy czy remontu. ZDP Gryfice poświadczyło, że inwestycja dotyczyła remontu a nie przebudowy".

Pierwsza z okoliczności nie podlegała rozpoznaniu przez KIO z uwagi na art. 515 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.W myśl tego przepisu: „1. *Odwołanie wnosi: (...) 2)w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie: 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,(...)*

Zamawiający w piśmie z dnia 9 grudnia 2024 r. - na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W tym wezwaniu podał, że wykonawca przedłożył *(...) „Wykaz robót budowlanych" w którym na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 1 działu VII SWZ, wykazał Pan dwa zadania. Jedno z wykazanych zadań dotyczy remontu drogi powiatowej, natomiast drugie budowy ciągu pieszo-rowerowego, co nie jest zgodne z warunkiem Zgodnie z pkt 1 działu VII SWZ Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie dróg, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000100 zł brutto każda. Należy zatem uzupełnić podmiotowe środki dowodowe poprzez wykazanie nowych zadań zgodnych z warunkiem opisanym w pkt 1 działu VII SWZ oraz załączyć dowody określające, że zostały wykonane należycie".*

Wykonawca w terminie wymaganym ustawą Pzp nie zakwestionował z zastosowaniem procedury odwoławczej

przewidzianej tą ustawą ustalenia co do zamówienia referencyjnego dotyczącego budowy ciągu pieszo- rowerowego. W tym przypadku w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9.12 2024 r. przedłożył nowy Wykaz robót, w którym pod pozycją 2 zamieścił inne zadanie referencyjne. Tym samym termin na zaskarżenie tej czynności upłynął z dniem 16 grudnia 2024 r. w zw. z art. 509 ustawy Pzp.

W odniesieniu do drugiej okoliczności dotyczącej zamówienia referencyjnego dotyczącego remontu drogi powiatowej ustalono następujący stan faktyczny.

Zamawiający w piśmie z dnia 7.01.2025 r. w zakresie podstaw odrzucenia oferty wykonawcy ARDEN M.P. wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp, podając, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym tej decyzji podał: (...) *W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Wykonawca przedłożył wykaz robót, w którym podane zostały dwa zadania oraz załączył dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. Jedno z wykazanych zadań dotyczyło remontu drogi, natomiast drugie budowy ciągu pieszo-rowerowego. Zgodnie z pkt 1 działu VII SWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie, co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie dróg, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto każda. Zamawiający wezwał zatem Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poprzez wykazanie nowych zadań zgodnych z w/w warunkiem oraz przedłożenia dowodów określających, że zostały wykonane należycie. W uzupełnieniu Wykonawca po raz kolejny wykazał zadanie pn. Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo- Gryficel oświadczając jednocześnie, iż jego zakres obejmował przebudowę drogi. W celu dokonania prawidłowej oceny oświadczeń i dokumentów złożonych przez Wykonawcę, Zamawiający zwrócił się do podmiotu na rzecz którego w/w robota została wykonana o udzielenie Informacji, czy zadanie dotyczyło przebudowy drogi w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Z uzyskanych informacji wynika, iż wykazane przez Wykonawcę zadanie nie potwierdza spełniania warunku określonego przez Zamawiającego, albowiem obejmowało remont drogi. W związku z powyższym koniecznym stało się odrzucenie oferty Wykonawcy na w/w podstawie prawnej*".

Odwołujący odpowiadając na wezwanie z 9.12. 2024 r. w Wykazie robót budowlanych zamieścił pod pozycją 1 zadanie referencyjne, a mianowicie:

Nazwa zadania	Rodzaj wykonanych robót budowa/przebudowa drogi Wartość robót brutto	Czas realizacji od (dzień/m-c/rok) do (dzień/m-c/rok)	Podmiot na rzecz którego roboty zostały wykonane
Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo - Gryfice	Rodzaj wykonanych robót Budowa/przebudowa* Przebudowa drogi powiatowej Wartość robót brutto: 2 279 832,97 złotych	od 16.08.2022r. *(dzień/m-c/rok)* Do 30.05.2023r. *(dzień/m-c/rok)*	Zarząd Dróg Powiatowych w Gryficach Ul. M.J. Piłsudskiego 18

Do tego wykazu załączył „Poświadczenie należytego wykonania umowy" z dnia 10.11.
2023 r. w którego treści potwierdzając należyte wykonanie podano: (...) Firma podwykonawcza ARDEN M.P. z siedzibą w Rzęskowo (...) *wykonała na zlecenie Generalnego wykonawcy firmy ONDE S.A. z siedzibą w 87-100 Toruń przy ul. Wapiennej 40 w okresie od 16.08.2022 do 30.05.2023. Prace wykonywane były przy „Remoncie drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo — Gryfice", Zamawiający Zarząd Dróg Powiatowych w Gryficach*. Dalej wskazano na zakres prac wykonanych, a mianowicie: (...)

Rozebranie słupków do znaków — 44 szt.
Rozebranie mechaniczne nawierzchni chodników i zjazdów wraz z podbudową 5 281,23 m2
Rozebranie krawężników betonowych na ławie betonowej 4 108,74 mb
Rozebranie obrzeży - 2 018,56 mb
Roboty ziemne - 1 198,08 m3
Koryta o gł. 20 cm - 6 887,13 m2
Podbudowa 0/31,5 gr 10 cm —4 953,05 m2
Podbudowa 0/31,5 gr 20 cm - 1 351,45 m2
Warstwa podłoża ulepszonego Cl,5/2,0 gr 15 cm - 1 351,45 m2
Nawierzchnia z kostki brukowej - 6 244,5 m2
Krawężniki betonowe o wymiarach 15x30 cm - 3 235,22 mb
Krawężniki betonowe o wymiarach 12x25 cm — 1 2 52,69 mb
Obrzeża betonowo 30x8 cm — 2 057,64 mb
Ława betonowa z oporem — 366,19 m3

Humusowanie o gr 5.cm — 1208, 48 m2
Regulacja pionowa kratek ściekowych ulicznych — 28 szt Regulacja pionowa włazów kanałowych —41 szt
Regulacja zaworów wodociągowych i gazowych — 15 szt
Regulacja pionowa studzienek telefonicznych — 10 szt
Oświetlenie hybrydowe przejść dla pieszych — 4 szt
-Rozebranie ręczne nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych - 602,25 m2
-Wykopy oraz przekopy - 1 025,25 m3 - Podłoża z materiałów sypkich o gr. 20 cm - 650,24 m2
-Kanały z rur PVC fi 200 mm — 75 mb - Kanały z rur PVC 315 mm — 314,44 mb - Studnie rewizyjne fi 1000 — 14 szt. - Studzienki fi 500 (wpusty uliczne) — 20 szt
-Zasypanie wykopów - 670,71 m2
-wylot wód deszczowych — 1 szt.
Wartość wykonanych robót 1 853 522, 74 netto (...)

Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do tej pozycji z Wykazu tożsame informacje i dokumenty zostały już przekazane Zamawiającemu w odpowiedzi na pierwsze wezwanie skierowane do wykonawcy zgodnie z punktem VIII. 6.1) SWZ. To zamówienie zamieszczone pod pozycją 1 Wykazu, podobnie jak drugie z zamówień referencyjnych, nie zostało przez Zamawiającego uznane (vide: pismo z dnia 9.12.24).

Zamawiający po uzyskaniu Wykazu i dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9.12.2024 r. w zakresie spornego zamówienia z pozycji 1 zwrócił się do Zarządu Dróg Powiatowych w Gryficach w piśmie z dnia 13.12.2024 r. z zapytaniem o treści (...) *czy zadanie pn. „Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo- Gryfice" realizowane w okresie od 16.08.2022 r, do 30.05.2023 r. dotyczyło przebudowy drogi w rozumieniu ustawy Prawo budowlane tj. w wyniku wykonanych robót budowlanych} nastąpiła 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". Podał w tym piźmie, że „Niniejsza informacja jest niezbędna do prawidłowego przeprowadzenia oceny podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Przebudowę DW 114 w m. Trzeszczyn*".

W odpowiedzi uzyskał następującą informację: (...) *Zarząd Dróg Powiatowych w Gryficach w odpowiedzi na pismo z dnia 13.12.2024r. nr ZZDW-6.3810.205.9.2024.8.3.2 dotyczące zadania pn. „Remont drogi powiatowej nr DP 3114Z na odcinku Prusinowo- Gryfice", które zrealizowano przez ONDE S.A (z siedzibą w Toruniu) w okresie od 16.08.2022 do 30.05.2023r, informuje, iż w myśl ustawy Prawo budowlane nie nastąpiła przebudowa w/w odcinka tj. nie dokonano zmiany parametrów użytkowych lub technicznych drogi"*.

W stanie faktycznym tej sprawy brak jest podstaw do kwestionowania decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego zarówno co do jej podstaw prawnych jak i faktycznych. Po pierwsze Zamawiający już w piśmie 9 grudnia 2024 r. poinformował, że to zadanie w jego ocenie nie spełnia warunku wymaganego SWZ. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca w Wykazie pod pozycją 1 ponownie zamieścił to zamówienie jako referencyjne i przedłożył ten sam dokument referencyjny. Wykonawca tym samym w odniesieniu do spornego zamówienia nie przedłożył w odpowiedzi na wezwanie żadnych dodatkowych informacji czy dokumentów na które powołuje się w odwołaniu oraz w przedkładanych pismach procesowych i na rozprawie przed KIO. Stąd uzasadnione było skierowanie do inwestora tego zadania – zgodnie z art. 128 ust.5 ustawy Pzp – zapytania *czy zadanie pn. „Remont drogi powiatowej nr DP3114Z na odcinku Prusinowo- Gryfice" realizowane w okresie od 16.08.*
2022 r, do 30.05.2023 r. dotyczyło przebudowy drogi w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (...). W odpowiedzi uzyskał informację, że (..) *w myśl ustawy Prawo budowlane nie nastąpiła przebudowa w/w odcinka tj. nie dokonano zmiany parametrów użytkowych lub technicznych drogi".* Tym samym Zamawiający uzyskał jednoznaczną informację, nie potwierdzającą, że zamówienie referencyjne spełnia warunek wymagany SWZ. Przedkładane przez wykonawcę dokumenty w odwołaniu z dnia 10.01.2025 r. i w pismach oraz w pismach procesowych z dnia 5.02. 2024 r. powinny zostać przedłożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9.12. 2024 r., co by pozwoliło Zamawiającemu na ewentualne zweryfikowanie jego oceny, co do spornego zamówienia referencyjnego. Zamawiający zatem podejmując decyzję, co do odrzucenia oferty opierał się na dokumentach, które były w jego posiadaniu w dniu 7 stycznia 2025 r. i z których wynikało, że zamówienie referencyjne nie potwierdza warunku wymaganego pkt VII. 1 SWZ.

Wobec powyższych ustaleń, w szczególności mając na uwadze treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 7.01.2025 r., nie zasługuje na uwzględnienie podnoszony w odwołaniu zarzut niezgodnego z ustawą Pzp podważenie **(...)** referencji z ZDP Gryfice, albowiem do dnia 7.01.2025 r. wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów, że przedmiot inwestycji dotyczył nie remontu a przebudowy drogi. Wymaga podkreślenia, że wydając wyrok KIO była zobowiązana uwzględniać stan faktyczny sprawy z 7.01.2025 r. ustalony przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....