

Sygn. akt: KIO 2151/23

**Wyrok**  
**z dnia 9 sierpnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24.07.2023 r. przez wykonawcę **Mosty Kujawy K. S., Mostki 1b, 87-815 Smólnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miasto Włocławek, Zielony Rynek 11/13, 87-800 Włocławek**, przy udziale wykonawcy **WANT Sp. z o.o., ul. Korczaka 12, 83-110 Tczew** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **Mosty Kujawy K. S., Mostki 1b, 87-815 Smólnik** 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 2151/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Miasto Włocławek prowadzi w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nie przewyższającej progu unijnego, 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” BZP.271.50.2022, Numer ogłoszenia: 2022/BZP 00475583/01

Odwołujący: Mosty Kujawy K. S., Mostki 1b, 87-815 Smólnik wniósł dnia 24 lipca 2023 r. odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

–wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę WANT sp. z o.o. w Tczewie Cena oferty: 9.581.777,00 złotych

–oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego się z ceną 8.560.723,37 zł jako oferty rzekomo złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

**ODWOŁUJĄCY ZARZUCA ZAMAWIAJĄCEMU:**

a) naruszenie przepisu art. 528 pkt 5 ustawy pzp publicznych a contrario, albowiem Zamawiający nie wykonał prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zapadłego w dniu 20.04.2023 r. w sprawie o sygnaturze KIO 886/23 poprzez niezastosowanie się do wskazań zawartych w w/w wyroku nakazujących Zamawiającemu „w trakcie ponownego badania i oceny ofert zamawiający 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 całością 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 Wykonawcę w 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.”

Tymczasem Zamawiający mimo wyraźnego wskazania przez Izbę, iż powinien przedstawić swoje rozumienie warunku znajdujące oparcie w dokumentach zamówienia, odrzucił ofertę Odwołującego na tej podstawie iż wybudowane przez Odwołującego obiekty nie spełniają definicji tunelu i Zamawiający odwołał się do definicji tunelu, o której mowa w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 63 poz. 735 ze zm.), mimo że w dokumentach zamówienia brak odwołania się do tego czy jakiegokolwiek innego rozporządzenia, a ponadto na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku w sprawie o sygnaturze KIO 886/23 Zamawiający wyraźnie oświadczył, iż „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.”

Tym samym, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu rzekomego nie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w rozumieniu definicji tunelu, o której mowa w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 63 poz. 735 ze zm.), mimo że sam potwierdził, że nie odwoływał się konstruując warunek do definicji zawartej w tym rozporządzeniu. Zatem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego stosując interpretację pojęć używanych przez siebie w warunku, która NIE ZNAJDOWAŁA oparcia w treści dokumentów zamówienia.

b)Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego się z uwagi na to, że rzekomo Odwołujący się 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 1a 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 Odwołujący się 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.

c) naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez odrzucenie oferty Odwołującego się z uwagi na to, że rzekomo Odwołujący się 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 1a 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 Odwołujący się warunek ten spełniał i co Zamawiającemu wykazał, a Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie interpretacji warunków udziału w postępowaniu nie znajdujących potwierdzenia w dokumentach postępowania, 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.

d) naruszenie przepisu art. 112 ustawy z dnia 11 września 2019 roku — Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie wobec Wykonawcy warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 19 lipca 2023 r., polegającej na wyborze oferty WANT sp. z o.o. w Tczewie jako najkorzystniejszej;

2) nakazanie Zamawiającemu uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się z tego powodu, że Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych powyżej, w sposób określony w treści orzeczenia - prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zapadłego w dniu 20.04.2023r. w sprawie o sygnaturze KIO 886/23 czyli zgodnie ze sposobem interpretacji warunku bez odwoływania się do definicji legalnej „tunelu” lub „przejścia podziemnego”;

Odwołujący jako wykonawca robót w branży jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Na skutek nieprawidłowości Zamawiającego oferta Odwołującego została odrzucona, a Odwołujący wykluczony z postępowania.

Uzasadnienie

1. W toku postępowania Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, do złożenia wykazu wymaganych robót budowlanych — według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ. Zamawiający uzasadnił 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. S. — 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. S. — w charakterze podwykonawcy na rzecz generalnego Wykonawcy zamówienia „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 503 na odcinku Elbląg — Tolkmicko — Pogrodzie”, tj. konsorcjum firm składzie: FCC Construcción 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 Zamawiający uznał, że żadna z dwóch robót budowlanych, wykazanych w złożonym przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. S. — wykazie robót budowlanych, nie spełnia warunku udziału w prowadzonym postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ.

2. Odwołujący się w odpowiedzi wskazał iż :

-Odnosnie 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 Odwołujący przedstawia oświadczenie projektanta obiektu, Pana J. S., 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”

-Odnosnie 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 przedstawił opinię budowlaną dotyczącą kwalifikacji budowlanej tego obiektu, sporządzoną przez rzeczoznawcę K. D. W opinii 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. S. wybudowała nowy tunel, który w projekcie [3,4] został opisany jako obiekt ekologiczny M-4. Należy wskazać, że faktycznie wykonane roboty wg informacji przekazanej przez firmę MOSTY KUJAWY-K. S., to:

1) rozbiórka starego tunelu w roku 2012, 2) budowa nowego tunelu w roku 2013

Generalny Wykonawca (FCC Construcción 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. W 2013 r. Firma MOSTY KUJAWY-K. S. wybudowała nowy tunel o innych parametrach technicznych. 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 także w odniesieniu do tego zamówienia, 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).

3. Odwołujący załączył Zamawiającemu :

-oświadczenie sporządzone przez projektanta obiektu, Pana J. S.

-opinię budowlaną dotyczącą kwalifikacji budowlanej obiektu, sporządzoną przez rzeczoznawcę K. D.

4. Mimo złożonych wyjaśnień, Zamawiający odrzucił ofertę, powołując się na to, że jego zdaniem „Zarówno z nazw przedstawionych zadań jak i z treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wynikało, iż przedmiotem zamówienia były roboty budowlane związane z przebudową wiaduktów, a nie tuneli.”

5. Zamawiający uznał, że Odwołujący się nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Argumentacja Zamawiającego uzasadniająca jego zdaniem Wykluczenie Odwołującego się opiera się na tym, że skoro obiekty wykonane przez Odwołującego się po ich wybudowaniu nie zmieniły kwalifikacji (nadal jest to wiadukt), to Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu polegające na budowie tunelu lub przejścia podziemnego pod drogą lub drogą kolejową.

6. Wszystkie powyższe kwestie zostały podniesione w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, która w wyroku z dnia 20.04.2023 r. w sprawie KIO 886/23 uwzględniła odwołanie Wykonawcy.

7. Izba wskazała w powyższym wyroku, a co ma szczególnie istotne w kontekście obecnego odwołania, następujące okoliczności :

„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”.

(...) 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 r. (załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie), odwołał się do pojęcia „tunelu” i „obektu mostowego”, ale zawartych w rozporządzeniu 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. z 2000r. nr 63 poz. 735 z późn. zm.), jako przepisów obowiązujących w dacie wykonywania spornych obiektów.

(...) 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 które o 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.”

8. Wobec tych okoliczności, Izba uwzględniła odwołanie, i stwierdziła że „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 Wykonawcę w 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.”

9. „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 w pierw 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.”

10. W świetle powyższych stwierdzeń Izby, należy wywieść z nich następujące wnioski :

1. Zamawiający w dokumentach zamówienia nie sprecyzował pojęć „tunel”, „przejście podziemne pod drogą lub drogą kolejową” użytych w warunku, jak również pojęcia „wiadukt”.

2. Zamawiający 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. .

3. Przy interpretacji pojęcia „wiadukt” Zamawiający nie stosuje żadnej definicji legalnej. Zamawiający oświadczył, że „wiadukt” jest to sposób pokonania przeszkody naturalnej lub wytworzonej przez człowieka nad tą przeszkodą.

4. W trakcie ponownego badania i oceny ofert Zamawiający powinien przyjąć jednolitą i konsekwentnie prezentowaną interpretację pojęć używanych przez siebie w warunku, ALE TYLKO TAKĄ KTÓRA ZNAJDOWAĆ BĘDZIE OPARCIE TREŚCI DOKUMENTÓW ZAMÓWIENIA.

5. Zgodnie z punktami 1-3, Zamawiający nie może odnosić się do definicji legalnych pojęć „tunel” i „wiadukt” w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przy ocenie oferty Odwołującego się dlatego, że nie znajdują one oparcia w dokumentach zamówienia, albowiem sam zaprzeczył, że się takimi definicjami legalnymi posługuje.

6. Zamawiający zgodnie ze wskazaniem zawartym w wyroku powinien przedstawić swoje rozumienie warunku, znajdujące oparcie w dokumentach zamówienia – może to być więc tylko „sposób który podpowiada logika, czyli pokonanie przeszkody naturalnej lub wytworzonej przez człowieka pod tą przeszkodą.”

7. Zgodnie z powyższym rozumowaniem, Zamawiający nie może zatem w dalszym badaniu oferty Odwołującego (czy jakiegokolwiek innej) oceniać spełniania przez tę ofertę warunku w rozumieniu rozporządzenia MTiGM z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. nr 63 poz. 735 ze zm.) czy innego rozporządzenia zawierającego definicje legalne.

Dowód : Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.04.2023 r. Sygnatura akt KIO 886/23

11. TYMCZASEM DOKŁADNIE SPRZECZNIE Z POWYŻSZYMI USTALENIAMI IZBY UCZYNIŁ ZAMAWIAJĄCY.

12. Najpierw w wezwaniu do złożenia wyjaśnień – piśmie z dnia 23.06.2023 r. Zamawiający stwierdził że: Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a „Sporną kwestią pozostaje jednak rodzaj (kwalifikacja) wybudowanych budowli, a mianowicie to, czy jest to wiadukt, czy też — jak twierdzi Wykonawca — MOSTY KUJAWY K. S.— jest to tunel pod drogą, względnie przejście podziemne pod drogą. W celu ustalenia, czy wymienione przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) — w złożonym w dniu 26 stycznia 2023 roku wykazie robót budowlanych budowie należy zakwalifikować jako wiadukt czy też jako tunel pod drogą

Zamawiający odwołał się do definicji tunelu, o której mowa w treści § 3 pkt 2 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.). W treści § 3 pkt 2 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.) ustawodawca zdefiniował tunel jako „budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo — rowerowego, szlaku wędrowek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne”. Zamawiający dokonał oceny spełniania przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. S. — warunku udziału w postępowaniu, który został sformułowany w r. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ przez pryzmat przepisów ww rozporządzenia, z uwagi na fakt, iż to właśnie przepisy tego rozporządzenia stanowią jedną z podstaw prawnych sporządzenia dokumentacji projektowej dotyczącej zamówienia, które stanowi przedmiot prowadzonego postępowania, a w szczególności projektu architektoniczno — budowlanego oraz projektu technicznego branży drogowej.”

Dowód : Pismo Zamawiającego z dnia 23.06.2023 r.

13. Odwołujący w piśmie - odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 28.06.2023r. wskazał: „Zamawiający w sposób niewłaściwy odczytał uzasadnienie wyroku KIO 886/2023), o czym świadczy treść niniejszego wezwania, w którym Zamawiający opisuje ustalenia dotyczące kwalifikacji wybudowanych przez Wykonawcę obiektów w odniesieniu do Rozporządzenia z dnia 30 maja 2000 r. (ww) – które nie znajdują oparcia w dokumentach zamówienia.

Pomijając kwestię, iż merytoryczne wywody Zamawiającego są bezpodstawne albowiem wybudowane przez Wykonawcę obiekty nie są obiektami mostowymi ze względu na brak możliwości wyodrębnienia w tych obiektach takich elementów jak podpory, przęsła, pomosty (umożliwiają ruch pojazdów i pieszych po przęsle) urządzenia dylatacyjne i inne podstawowe elementy obiektu mostowego wskazane chociażby w „Katalogu typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów” stanowiący załącznik do Rekomendacji Ministra Infrastruktury z 13.06.2019 r., to ponadto stwierdzić należy, że Zamawiający usiłując klasyfikować obiekty wykonane przez Wykonawcę w odniesieniu do ww. rozporządzenia pomija całkowicie wnioski wynikające z ww. wyroku KIO. Zwrócić należy szczególną uwagę na to, iż Zamawiający nie może dokonywać klasyfikacji obiektów wykonanych przez Wykonawcę w odniesieniu do definicji legalnych zawartych w ww. rozporządzeniu czy innych definicji legalnych zawartych w innych aktach prawnych – a to z tego względu, iż sam sobie tę możliwość wyłączył, co zostało w sposób niebudzący wątpliwości ustalone w ww. wyroku KIO. Tym samym wszelkie sformułowane przez Zamawiającego odniesienia do definicji legalnych, czy to wyżej

cytowanego rozporządzenia, czy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2005r. w sprawie sposobu numeracji i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom (Dz. U z 2005r. nr 67 poz. 582), czy ustawy o drogach publicznych, czy też jakichkolwiek innych aktów prawnych zawierających definicje legalne, są niezasadne. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż Zamawiający nie ma prawa kreować wobec Wykonawcy żądań przekraczających te sformułowane w specyfikacji warunków zamówienia.

14. Skoro Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia nie odnosi się do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2000 r., to nie może oceniać przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów na jego podstawie. Tymczasem cały wywód zawarty w wezwaniu z 23.06.2023r. opiera się na udowadnianiu przez Zamawiającego, iż obiekty wybudowane przez Wykonawcę nie kwalifikują się jako tunele w myśl ww. rozporządzenia. Zamawiający w sposób niezrozumiały powielił swój błąd z pierwszego zapytania, całkowicie pomijając ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z ustaleniami ww. wyroku KIO Zamawiający może badać wykonane przez Wykonawcę obiekty jedynie według tzw. zasad logiki i zdrowego rozsądku a nie definicji legalnych. Postępując się tymi zasadami należy stwierdzić w sposób stanowczy, iż wybudowane przez Wykonawcę obiekty stanowią tunele o wymaganej minimalnej długości większej niż 10 metrów. Każda osoba postępująca się logiką i zdrowym rozsądkiem po zapoznaniu się z materiałem fotograficznym przedstawionym w Krajowej Izbie Odwoławczej, załączonymi do tego materiału opiniami i oświadczeniami – nie będzie miała wątpliwości, iż wybudowane obiekty to „tunele”. Wobec powyższego wezwanie Zamawiającego do złożenia wykazu robót budowlanych przez Wykonawcę jest bezprzedmiotowe albowiem już złożone dokumenty wykazują wykonanie przez Wykonawcę wymaganych przez Zamawiającego obiektów, a zatem spełnienie warunków udziału w prowadzonym postępowaniu. Można by odnieść wrażenie, iż bardzo długi wywód Zamawiającego w wezwaniu z 23.06.2023r. stanowi spóźnioną polemikę z treścią orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca podtrzymuje swoje stwierdzenie, iż dotychczas złożone środki dowodowe w sposób wystarczający wykazują spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. (Wspomniane w niniejszej odpowiedzi zapisy Katalogu typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów załączamy).”

Dowód : pismo Odwołującego z dnia 28.06.2023 r. wraz z załącznikami

15. Mimo to, Zamawiający podtrzymał swoje rozumowanie, i wprost stwierdził w piśmie z dnia 19.07.2023 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego co następuje: „Sporną kwestią pozostaje jednak rodzaj (kwalifikacja) wybudowanych budowli, a mianowicie to, czy jest to wiadukt, czy też — jak twierdzi Wykonawca MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 18 (87-815 Smólnik) jest to tunel pod drogą względnie przejście podziemne pod drogą. W celu ustalenia, czy wymienione przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) — w złożonym w dniu 26 stycznia 2023 roku wykazie robót budowlanych budowlę należy zakwalifikować jako wiadukt czy też jako tunel pod drogą Zamawiający odwołał się do definicji tunelu, o której mowa w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 63 poz. 735 ze zm.). (...) Zamawiający ustalił, że wybudowana przez Wykonawcę - MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1b (87—815 Smólnik) — budowla nad dwutorową linią kolejową nr 018 Kutno — Pila w ciągu drogi gminnej nr 1009t 10 Dybowo — Jarki km 1+200 w m. Cierpice nie spełnia warunków określonych w definicji legalnej „przejścia podziemnego”, która została sformułowana w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 83 poz. 735 ze zm.).

(...) Zamawiający ustalił, że wybudowany przez Wykonawcę - MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) — Obiekt M — 4 nie spełnia warunków określonych w definicji legalnej „przejścia podziemnego”, która została sformułowana w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 63 poz. 735 ze zm.).”

Dowód : pismo Zamawiającego z dnia 19.07.2023r.

16. Tym samym Zamawiający całkowicie zaprzeczył zarówno swoim własnym oświadczeniom złożonym w sprawie KIO 886/23, jak i ustaleniom Izby zawartym w wyroku z 20.04.2023r.

17. Za kuriozalne należy uznać twierdzenia Zamawiającego iż „Zamawiający dokonał oceny spełniania przez Wykonawcę — MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1b (87-815 Smólnik) — warunku udziału w postępowaniu, który został sformułowany w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, przez pryzmat brzmienia przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny

odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 63 poz. 735 ze zm.), z uwagi na fakt, iż to właśnie przepisy tego rozporządzenia stanowiły jedną z podstaw prawnych sporządzenia dokumentacji projektowej dotyczącej zamówienia, które stanowi przedmiot prowadzonego postępowania, a w szczególności projektu architektoniczno — budowlanego oraz projektu technicznego branży drogowej.”

18.To, że przepisy jakiegoś rozporządzenia stanowiły „jedną z podstaw prawnych sporządzenia dokumentacji projektowej” nie implikuje w żadnym wypadku tego, że stanowią one podstawę oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, jeżeli Zamawiający w sposób jasny tego nie wskazał.

19.W przedmiotowej zaś sprawie ZAMAWIAJĄCY PRZYZNAŁ, A IZBA JUŻ USTALIŁA, ŻE KONSTRUUJĄC WARI ZAMAWIAJĄCY NIE ODNOSIŁ SIĘ DO ŻADNEJ DEFINICJI LEGALNEJ Z JAKIEGOKOLWIEK ROZPORZĄDZENIA IZBY ORAZ SĄDÓW

Powszechnych co do konieczności jasnego sformułowania zapisów specyfikacji, w tym zapisów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż treść ta może podlegać wyłącznie wykładni literalnej i jest niezmienna – począwszy od momentu upływu terminu składania ofert w postępowaniu. Po tej dacie zamawiający nie może dokonywać interpretacji zapisów, które odbiegają od ich literalnego brzmienia. W sytuacji, w których jednak zapisy SWZ budzą wątpliwości ugruntowało się stanowisko, zgodnie z którym należy dokonywać interpretacji na korzyść wykonawców w takich wypadkach. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. sygn. Akt IV CSK 363/18 wskazał, że „to na Zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (...). Jeżeli powstaną wątpliwości, co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z treścią art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego – jako autora tej dokumentacji”

20.O niezrozumieniu treści wyroku z dnia 20.04.2023r. - lub o złej woli Zamawiającego stanowi następujący passus zawarty w piśmie Zamawiającego z dnia 19.07.2023r. - „Podkreślenia wymaga również fakt, że w przypadku uznania przez Wykonawcę - MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) twierdzeń oraz argumentów zawartych w treści wezwania Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2023 roku, za nieprawdziwe, a co za tym idzie twierdzenia, iż czynność wezwania Wykonawcy - MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) — do złożenia wykazu robót budowlanych oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, sformułowanego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jest niezgodna z przepisami ustawy PZP, Wykonawca — MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) — powinien zakwestionować tę czynność Zamawiającego za pomocą środków ochrony prawnej, o których mowa w Dziale IX ustawy PZP. Jak wynika ze zgromadzonej dokumentacji dotyczącej prowadzonego postępowania Wykonawca - MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 1B (87-815 Smólnik) — nie złożył do dnia 28 czerwca 2023 roku odwołania na czynność wezwania Wykonawcy — MOSTY KUJAWY Krzysztof

Szymański z siedzibą w Mostki 18 (87-815 Smólnik) „ przez Zamawiającego do złożenia wykazu robót budowlanych oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, sformułowanego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.”

21.Tymczasem w wyroku z dnia 20.04.2023 r. Izba wskazała w sposób jednoznaczny - „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.

22.Zamawiający usiłuje w sposób niedopuszczalny kwestionować ustalenia Izby.

23.Z powyższych względów odwołanie winno być uwzględnione

Załączniki: dowody z dokumentów wskazane w odwołaniu

Zamawiający: Gmina Miasto Włocławek w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1.odrzucenie wniesionego odwołania w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 528 pkt 5 pzp a

contrario, polegającego na wykonaniu przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert w sposób niezgodny z treścią prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2023 roku, sygn. akt KIO 886/23, oraz

2. oddalenie odwołania w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2b i c ustawy PZP, polegającego na odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego z uwagi na niezłożenie przez Odwołującego w określonym przez Zamawiającego terminie, tj. do 28 czerwca 2023 r., podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu wykonanych robót budowlanych oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, tj.: „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 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”, oraz

3. oddalenie wniesionego odwołania w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, polegającego na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz odrzucenie wniesionego odwołania w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 112 ustawy PZP, polegającego na sformułowaniu wobec Wykonawcy warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

#### Uzasadnienie

W dniu 24 lipca 2023 roku Odwołujący wniósł i zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 528 pkt 5 PZP a contrario, polegające na wykonaniu przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert w sposób niezgodny z treścią prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 kwietnia 2023 r., KIO 886/23, przez niezastosowanie się do wskazań zawartych w ww. wyroku nakazujących Zamawiającemu w trakcie ponownego badania i oceny ofert przyjąć jednolitą i konsekwentnie prezentowaną interpretację pojęć używanych przez siebie w warunku, która znajdować będzie oparcie w treści dokumentów zamówienia”, oraz

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2b i c PZP, polegające na odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, tj.: „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 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”, pomimo, że Odwołujący twierdzi, iż wykazał Zamawiającemu spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu, a zamówienie zostało udzielone Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, oraz

3. naruszenie przepisu art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP, polegające na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, tj.: „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 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”, pomimo, że Odwołujący twierdzi, iż wykazał Zamawiającemu spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu, a „Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie interpretacji warunków udziału w postępowaniu nieznanujących potwierdzenia w dokumentach postępowania”, i w konsekwencji zamówienie zostało udzielone Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, oraz

4. naruszenie art. 112 PZP, polegające na sformułowaniu wobec Wykonawcy warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, i w konsekwencji zamówienie zostało udzielone Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający stwierdza, że ww. zarzuty, które zostały sformułowane oraz postawione w złożonym odwołaniu, są bezpodstawne a wniesione odwołanie:

w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP - powinno zostać oddalone w całości, w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit, b i c ustawy PZP - powinno zostać oddalone w całości, w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 528 pkt 5 ustawy PZP a contrario - powinno zostać odrzucone z uwagi na fakt\* że dotyczy czynności, którą Zamawiający - wbrew twierdzeniom Wykonawcy - wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z 20 kwietnia 2023 r. KIO 886/23, w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 112 ustawy PZP - powinno zostać odrzucone jako wniesione po upływie określonego w ustawie PZP terminu na wniesienie odwołania.

Stanowisko Zamawiającego w sprawie sformułowanego przez Odwołującego:

1. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 528 pkt 5 ustawy PZP a contrario:

Po rozpoznaniu na rozprawie 18 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego przez Wykonawcę - MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki 18 (87-815 Smólnik) - w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 kwietnia 2023 roku: sygn. akt KIO 886/23, orzekła o:

1) uwzględnieniu wniesionego przez Wykonawcę - MOSTY KUJAWY K. S. z - odwołania oraz nakazała Zamawiającemu - Gminie Miasto Włocławek:

a) unieważnienie następujących czynności podjętych w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WANT sp. z o.o. z/s w Tczewie o podjęciu której Zamawiający poinformował Wykonawców w dniu 24 marca 2023 r. za pomocą Platformy Przetargowej Urzędu Miasta Włocławek, czynności odrzucenia oferty Wykonawcy - MOSTY KUJAWY K. S., o podjęciu której Zamawiający poinformował Wykonawców 24 marca 2023 roku za pomocą Platformy Przetargowej,

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2) zasądzeniu od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W treści wydanego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „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 uzupełnienia 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 w sprawie nie potwierdzają tego warunku. Jeżeli 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, 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”.

Dodatkowo w treści wyroku KIO 886/23, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp musi być poprzedzone jednym,

lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia 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. (...) W sytuacji gdy wykonawca składa poprawne formalnie podmiotowe środki dowodowe, zamawiający zobligowany jest precyzyjnie wskazać, dlaczego te środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku”.

Mając na uwadze rozstrzygnięcie, jak również wytyczne, zawarte w wyroku, Zamawiający w piśmie z dnia 15 maja 2023 roku poinformował Wykonawców), którzy złożyli oferty o:

1) unieważnieniu czynności Zamawiającego z 24 marca 2023 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty - WANT sp. Z o.o. - jako najkorzystniejszej, oraz

2) unieważnieniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy - MOSTY KUJAWY K. S. z siedzibą w Mostki oraz

3) powtórny przystąpieniu przez Zamawiającego do czynności badania i oceny ofert, jak również oceny spełniania przez Wykonawców warunków udziału w prowadzonym postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia Wykonawców z prowadzonego postępowania.

Podczas czynności ponownego badania i oceny ofert, jak również podczas czynności ponownej oceny spełniania przez Wykonawców warunków udziału w prowadzonym postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia Wykonawców z prowadzonego postępowania Zamawiający - zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku z 20 kwietnia 2023 r. KIO 886/23 - dokonał oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, - rozdz. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ przez pryzmat brzmienia przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie z 2000 r, nr 63 poz. 735 ze zm.), na podstawie wyjaśnień Odwołującego, jak również innych dokumentów otrzymanych od podmiotów, które znajdują się w posiadaniu informacji istotnych dla dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ. Mowa tutaj przede wszystkim o informacjach i dokumentach, które Zamawiający uzyskał od następujących podmiotów: Urząd Gminy Wielka Nieszawka, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego dla powiatu toruńskiego z/s w Toruniu, Kujawsko - Pomorski Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Do treści ww. dokumentów, jak również do treści podmiotowych środków dowodowych, znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, Zamawiający odniósł treść warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w r. VII pkt 1 ppkt 4a SWZ. Na podstawie informacji zawartych w treści dokumentów, otrzymanych od podmiotów, które znajdują się w posiadaniu informacji istotnych dla dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, oraz podmiotowych środków dowodowych, które zostały złożone w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w r. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ.

O powyższym fakcie Zamawiający poinformował Odwołującego 23 czerwca 2023 r., stanowiącym wezwaniem do złożenia w trybie art. 128 ust. 1 PZP wykazu robót budowlanych, oraz załączenia dowodów potwierdzających, że te roboty zostały wykonane należyście. W treści wezwania Zamawiający w sposób wyraźny zaznaczył Odwołującemu, że w kontekście oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, bezsporną kwestią pozostała długość wykazanych przez Odwołującego obiektów oraz rodzaj wykonanych przez Odwołującego robót budowlanych, Sporną kwestią przy ocenie spełniania warunku udziału w prowadzonym postępowaniu pozostał jednak rodzaj (kwalifikacja) wybudowanych budowli, a mianowicie to, czy jest to wiadukt, czy też - jak twierdzi Odwołujący - jest to tunel pod drogą lub drogą kolejową, względnie przejście podziemne pod drogą lub drogą kolejową.

Zgodnie z wytycznymi wyroku KIO 886/23, Zamawiający w treści wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych zaprezentował interpretację pojęć używanych w sformułowanym przez siebie warunku udziału w postępowaniu, jak również wyjaśnił Odwołującemu przyczynę interpretowania pojęć użytych w treści ww. warunku udziału w postępowaniu w sposób opisany w treści ww. wezwania. W treści wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych Zamawiający poinformował również, że w celu ustalenia, czy wymienione przez Odwołującego w złożonym w dniu 26 stycznia 2023 roku wykazie robót budowlanych budowle należy zakwalifikować jako wiadukt czy też jako tunel pod drogą, Zamawiający odwołał się do definicji tunelu, o której mowa w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 63 poz. 735 ze zm.). W treści § 3 pkt 2 rozporządzenia ustawodawca zdefiniował tunel jako „budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszego - rowerowego, szlaku wędrowców zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji

gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne", Zamawiający dokonał oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, (r. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ), przez pryzmat przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 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.), z uwagi na fakt, iż to właśnie przepisy tego rozporządzenia stanowiły jedną z podstaw prawnych sporządzenia dokumentacji projektowej dotyczącej zamówienia, które stanowi przedmiot prowadzonego postępowania, a w szczególności projektu architektoniczno-budowlanego oraz projektu technicznego branży drogowej, Podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności". W przypadku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane, polegające na wykonaniu przejścia pieszo - rowerowego pod ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego, a zgodnie z treścią afl. 103 ust. 1 ustawy PZP „zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych”.

Przyjęta przez Zamawiającego argumentacja znajduje także swoje potwierdzenie w treści opublikowanego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych komentarza do ustawy PZP. Z treści ww. Komentarza wynika bowiem, że „w myśl art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej wszystkie wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu.

Podczas czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający zbadał również, czy wymienione w wykazie robót budowlanych roboty budowlane obejmowały swoim zakresem budowę przejścia podziemnego pod drogą, pomimo że w treści złożonego wykazu robót budowlanych Odwołujący w sposób wyraźny oświadczył, że w zakresie ww. zamówienia wchodziło wybudowanie tunelu pod drogą. Zamawiający ustalił, że wymienione w złożonym wykazie robót budowlanych budowie nie spełniają warunków określonych w definicji legalnej „przejścia podziemnego”, która została sformułowana w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. nr 63 poz. 735 ze zm.). O powyższych ustaleniach Zamawiający poinformował Odwołującego zarówno w treści wezwania z dnia 23 czerwca 2023 roku, a następnie w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 19 lipca 2023 roku.

Należy również podnieść, iż nawet ferowana przez Odwołującego w treści odwołania tzw. „logiczna interpretacja” pojęć użytych w treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w r. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, doprowadziłaby w rezultacie do tego samego rozstrzygnięcia, ponieważ żadna z wykazanych przez Odwołującego robót budowlanych nie odnosiła się do wybudowania budowli umożliwiającej „pokonanie przeszkody naturalnej lub wytworzonej przez człowieka pod tą przeszkodą”, co zresztą zostało szczegółowo wykazane i w treści wezwania z 23 czerwca 2023 roku, a następnie w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 19 lipca 2023 roku.

Bezasadne jest zatem twierdzenie Odwołującego, że podejmowane w toku badania i oceny ofert przez Zamawiającego czynności, polegające na wezwaniu Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 PZP, odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - WANT sp. z o.o., zostały wykonane niezgodnie z treścią wyroku z dnia 20 kwietnia 2023 r. KIO 886/23.

2. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP:

Podczas czynności badania i oceny ofert, jak również podczas oceny spełniania przez Wykonawców warunków udziału w prowadzonym postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia Wykonawców, Zamawiający w oparciu o podmiotowe środki dowodowe złożone przez Odwołującego, jak również na podstawie dokumentów oraz informacji pochodzących od podmiotów, które znajdują się w posiadaniu informacji istotnych dla dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ tj.: Urząd Gminy Wielka Nieszawka Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego dla powiatu toruńskiego z siedzibą w Toruniu, Kujawsko - Pomorski Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. O powyższym fakcie Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie z dnia 23 czerwca 2023 roku, stanowiącym wezwaniem do złożenia wykazu robót budowlanych, oraz dowodów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie. W treści ww. wezwania Zamawiający poinformował Odwołującego szczegółowo o ustaleniach, które poczynił podczas czynności badania i oceny ofert oraz o efekcie skonfrontowania poczynionych ustaleń z przyjętą interpretacją pojęć użytych w treści ww. warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższych faktów Zamawiający w treści ww. pisma z dnia 23 czerwca

2023 roku wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do złożenia w wykazie robót budowlanych] oraz referencji, zaznaczając przy tym, że dowodami, mogą być 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. W wyznaczonym terminie, 28 czerwca 2023 roku o godz. 09:35, Odwołujący zamiast podmiotowych środków dowodowych, do złożenia których został wezwany pismem z dnia 23 czerwca 2023 roku, doręczył Zamawiającemu za pomocą Platformy Przetargowej Urzędu Miasta Włocławek pismo, będące polemiką dotyczącą zasadności skierowanego przez Zamawiającego wezwania do złożenia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych. Należy również podnieść, iż w toku podejmowanych przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu - poza dokumentacją fotograficzną, oświadczeniem projektanta pana J. S. oraz sporządzoną na zlecenie Odwołującego opinią pana K. D. - żadnych dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane, wymienione w wykazie robót budowlanych złożonych przez Odwołującego w dniu 26 stycznia 2023 roku za pomocą Platformy Przetargowej potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ. Podczas gdy Zamawiający w toku ponownej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przeprowadził analizę w oparciu o uzyskane dokumenty urzędowe, które zostały wydane przez właściwe organy i instytucje. Natomiast Odwołujący opiera swoją argumentację na dokumentach prywatnych, sporządzonych na swoje zlecenie. Podkreślenia wymaga również fakt, że w przypadku uznania przez Odwołującego twierdzeń oraz argumentów, zawartych w treści wezwania Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2023 roku, za nieprawdziwe, a co za tym idzie twierdzenia, iż czynność wezwania Odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie sformułowanego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jest niezgodna z przepisami ustawy PZP, Odwołujący powinien zakwestionować tę czynność Zamawiającego za pomocą środków ochrony prawnej. Jak wynika ze zgromadzonej dokumentacji dotyczącej prowadzonego postępowania Odwołujący nie złożył do dnia 28 czerwca 2023 r. odwołania na czynność wezwania Odwołującego do złożenia wykazu robót, sformułowanego na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Zaprezentowane działanie Odwołującego, a właściwie zaniechanie działania, doprowadziło w konsekwencji do odrzucenia oferty na podstawie treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP. Wtórny skutkiem niezłożenia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie z 23 czerwca 2023 r. było również uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w treści SWZ. Tym samym wypełniła się również przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego, która została zawada w treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP.

Należy nadmienić, iż Zamawiający - stosując się do wytycznych wyroku akt KIO 886/23 - w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego powołał się na ustalenia, argumenty oraz interpretację pojęć użytych w treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZJ identyczne do tych, które zostały zaprezentowane Odwołującemu w treści wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 23 czerwca 2023 roku.

Niezrozumiale dla Zamawiającego jest również zaprezentowane w treści złożonego odwołania twierdzenie Odwołującego, że „mimo złożonych przez Odwołującego się wyjaśnień, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się na to, że jego zdaniem zarówno z nazw przedstawionych zadań jak i z treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wynikało, iż przedmiotem zamówienia były roboty budowlane związane z przebudową wiaduktów, a nie tuneli (patrz: strona nr 6 pkt 4 odwołania)”

Należy zauważyć, iż zarówno w treści wezwania z 23 czerwca, jak również uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, które zostało wysłane do Odwołującego 19 lipca 2023 roku, zacytowane powyżej stwierdzenie się nie pojawia. Pochodzi ono natomiast z treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, które zostało wysłane do Odwołującego za pomocą Platformy Przetargowej Urzędu Miasta Włocławek w dniu 24 marca 2023 roku. Przypominam, że czynności ta została unieważniona na skutek wydanego wyroku z dnia 20 kwietnia 2023 roku, sygn. akt KIO 886/23.

Mając na uwadze zaprezentowane powyżej fakty twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający naruszył podczas prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 b oraz c ustawy PZP są bezzasadne.

3. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP:

Prowadzone postępowanie zostało wszczęte w 5 grudnia 2022 r. Jednym z warunków udziału, sformułowanym w treści ogłoszenia i SVVZ (rozdział VII pkt 1 ppkt 4 lit. a), było wykazanie się przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonaniem co najmniej 2 robotami budowlanymi, polegającymi na budowie tunelu pod drogą lub przejścia podziemnego pod drogą o długości nie mniejszej 10,00 metrów bieżących (mb) - każda robota budowlana. Ww. warunek udziału w postępowaniu został sformułowany w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wypełniając zasady, art. 16 pkt 3 oraz ar., 112 ust. 1 ustawy PZP.

Przed upływem terminu składania ofert trzech Wykonawców, zwróciło się do Zamawiającego z wnioskiem w sprawie zmiany treści ww. warunku udziału w postępowaniu. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, iż na etapie przygotowywania ofert, tj. od dnia 5 grudnia 2022 r. do dnia 4 stycznia 2023 r. żaden z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie interpretacji użytych w treści ww. warunku udziału w postępowaniu pojęć: tunel oraz przejście podziemne. Można przez to rozumieć, że dla podmiotów aktywnie realizujących zamówienia z branży inżynieryjno drogowej pojęcia „tunelu” oraz „przejścia podziemnego” są jasne i nie wymagają dodatkowego doprecyzowania. Należy zwrócić uwagę, że nawet tak znaczący Zamawiający z branży inżynieryjno - drogowej jak: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad czy też PKP Polskie Linie Kolejowe SPA, w dokumentach zamówienia, w przygotowywanych na potrzeby prowadzonych postępowań odstępują od doprecyzowania pojęć takich jak: tunel, most\* wiadukt, przejście podziemne czy estakada, wychodząc za pewne założenia, iż dla Wykonawców aktywnie biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego branży inżynieryjno drogowej pojęcia te są wystarczające zrozumiale i nie wymagają dookreślenia (przykładowe ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumenty

zamówienia przygotowane przez GDDKiA oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - załączniki nr 1 - 5 do odpowiedzi na odwołanie).

W dniu 16 grudnia 2022 roku Zamawiający zawiadomił Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia za pośrednictwem strony internetowej prowadzonego postępowania, że dokonał zmiany treści SWZ w zakresie brzmienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ. W wyniku dokonanej zmiany ww. warunek udziału w postępowaniu uzyskał następujące brzmienie: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, 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 1a 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”. Na skutek przeprowadzonego zabiegu zwiększyła się możliwość ubiegania o przedmiotowe zamówienie przez jeszcze większą rzeszę Wykonawców, i tym samym zwiększyła się konkurencja pomiędzy potencjalnymi Wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Czynność Zamawiającego przyczyniła się zatem do pełniejszego wypełnienia zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję (art. 16 pkt 1 PZP), w ślad za dokonaną zmianą treści SWZ identycznej zmianie uległo ogłoszenie. Powyższe jest przejawem przestrzegania zasady przejrzystości, o której mowa w treści art. 16 pkt 2 PZP.

Również na kolejnych etapach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przestrzegał art. 16 pkt 1 - 3 PZP i niezrozumiałe dla Zamawiającego jest twierdzenie Odwołującego, jakoby „Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie interpretacji warunków udziału w postępowaniu nieznanujących potwierdzenia w dokumentach postępowania”. Jak już zostało wspomniane wcześniej Zamawiający - stosując się do wytycznych zawartych w wyroku KIO 886/23 - na etapie oceny spełniania warunku udziału w prowadzonym postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, przyjął jednolitą interpretację pojęć „tunel” oraz „przejście podziemne”, i co najważniejsze konsekwentnie ją prezentował na kolejnych etapach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Dotyczy to przede wszystkim czynności, polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czy wreszcie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy bowiem podnieść, iż zarówno w treści ww. wezwania do złożenia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych oraz treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podkreślił, iż w celu ustalenia, czy wymienione przez Odwołującego w złożonym w dniu 26 stycznia 2023 roku wykazie robót budowlanych budowle należy zakwalifikować jako wiadukt czy też jako tunel pod drogą} Zamawiający odwołał się do definicji tunelu, o której mowa w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia MTiGM z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. nr 63 poz. 735 ze zm.). Zamawiający zaznaczył jednocześnie, że dokonał oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, który został sformułowany w SWZ przez pryzmat przepisów ww rozporządzenia z uwagi na fakt, iż to właśnie przepisy tego rozporządzenia stanowiły jedną z podstaw prawnych sporządzenia dokumentacji projektowej dotyczącej zamówienia, a w szczególności projektu architektoniczno - budowlanego oraz projektu technicznego branży drogowej. Zamawiający przypomniał również Odwołującemu w treści kierowanych do niego pism, że zgodnie z treścią art. 112 ust. 1 PZP „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówieniu, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”. W treści ww. pism kierowanych do

Odwolującego przez Zamawiającego zawarta została także informacja, że wykazane przez Odwołującego w złożonym w dniu 26 stycznia 2023 roku wykazie robót budowlanych budowie nie spełniają także warunków określonych w definicji legalnej „przejścia podziemnego”, która została sformułowana w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 63 poz. 735 ze zm).

Należy również podnieść, iż przez pryzmat przywołanych powyżej przepisów rozporządzenia Zamawiający dokonał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w r. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi zatem kolejne potwierdzenie, iż podejmowane czynności nie są niezgodne przepisami ustawy PZP, w tym art. 16 pkt 1 - 3, a na żadnym etapie prowadzonego postępowania nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania Wykonawców.

4. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 112 ustawy PZP:

Zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja V pkt. 5.4.) oraz treści SWZ (rozdział VII pkt 1 ppkt 4 lit. a) Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu/tu cyt./

W dniu 16 grudnia 2022 roku Zamawiający zawiadomił o zmianie treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, który uzyskał następujące brzmienie: „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 Eub pod 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 2021r. poz. 1984 ze zm.), o długości nie mniejszej niż 10,00 metrów bieżących (mb) - każda robota budowlana”, Dokonana zmiana treści SWZ doprowadziła do zmiany treści sekcja V pkt. 5.4. ogłoszenia o zamówieniu. Należy jednak podnieść, że zarówno pierwotne, jak również ostateczne brzmienie warunku udziału w postępowaniu, jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, który stanowią roboty budowlane polegające na wykonaniu przejścia pieszo - rowerowego pod ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego.

Jeżeli jednak Odwołujący uważał, że warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek, o którym mowa w treści rozdział VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, zostały sformułowane przez Zamawiającego w sposób niezgodny z treścią art. 112b PZP, to powinien był wykorzystać środki ochrony prawnej, o których mowa w treści Działu IX ustawy PZP.

Zamawiający powinien roboty budowlane ze złożonego wykazu przez pryzmat warunku udziału w postępowaniu, którego brzmienie obowiązywało od 16 grudnia 2022 r., a mianowicie: „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 1a ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2021r, poz. 1984 ze zm.), o długości nie mniejszej niż 10,00 metrów bieżących (mb) - każda robota budowlana”. Kwestionowanie na tym etapie postępowania czynności na którą odwołanie należało złożyć do dnia 05 grudnia 2022 roku albo do dnia 16 grudnia 2022 roku, jest a odwołanie powinno zostać w tym zakresie odrzucone, ponieważ zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie PZP na zaskarżenie ww. czynności Zamawiającego.

Reasumując, Zamawiający uwzględnił konkluzję z uzasadnienia wyroku KIO 886/23, że „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. Mając na uwadze zawarte w treści ww. wyroku stwierdzenie, iż „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”, dokonał oceny warunku udziału w postępowaniu w oparciu o posiadane dokumenty, w szczególności o dokumenty urzędowe,

Załączono:

1 Ogłoszenie o zamówieniu pod nazwą „Budowa wiaduktu przez linię KWB Konin w ciągu drogi krajowej nr 25 w miejscowości Honoratka”.

2, Ogłoszenie o zamówieniu dot. postępowania pod nazwą UBudowa tunelu drogowego w ciągu drogi wojewódzkiej nr 638 z jednoczesną likwidacją przejazdu kolejowego w poziomie szyn w km 191376 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia — Terespol’).

3, Ogłoszenie o zamówieniu postępowania pod nazwą Wykonanie robót budowlanych na odcinku Padew-Mielec wraz z budową wiaduktu drogowego w km 289,400 w ramach projektu pn.. Rewitalizacja linii kolejowej nr 25 na odcinku Padew-Mielec-Dębica”

4. SWZ dol. postępowania pod nazwą „Przebudowa wiaduktu kolejowego w km 8,862 linii kolejowej nr 140 Katowice Ligota — Nędza w ramach projektu inwestycyjnego pr. Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej”.

5 SWZ dot. postępowania pn. Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej”

Po stronie zamawiającego zgłoszenie przystąpienia zgłosił wykonawca WANT Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

W toku rozprawy strony podtrzymały wcześniej przedstawione stanowiska.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, a nadto rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w wyroku z dnia 20 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 886/23 stwierdziła, iż odwołanie w zakresie podtrzymanych przez odwołujących zarzutów, nie zasługuje na uwzględnienie.**

Niesporny jest interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisów przyznających legitymację do wniesienia odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z sentencji wyroku wskazanego wyżej i wielokrotnie przywoływanego przez strony sporu, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

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 całość 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 sprawcę 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 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.”

Tym samym, Izba nie stwierdziła, iż wykonawca potwierdził jednoznacznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ocenę taką przyznając, zgodnie z przepisami ustawy, ze wskazaniem okoliczności i sposobu prowadzących do takiej oceny prowadzących, zamawiającemu prowadzącemu postępowanie. W takich warunkach Izba nie wykluczyła także ewentualności odrzucenia oferty odwołującego.

Dodatkowo w treści wyroku KIO 886/23, KIO stwierdziła, że „odrzućcie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia 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. (...) W sytuacji gdy wykonawca składa poprawne formalnie podmiotowe środki dowodowe, zamawiający zobligowany jest precyzyjnie wskazać, dlaczego te środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku”.

Mając na uwadze rozstrzygnięcie i zawarte w wyroku, Zamawiający w piśmie z dnia 15 maja 2023 roku poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty o:

unieważnieniu czynności Zamawiającego z 24 marca 2023 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty - WANT sp. Z o.o. - jako najkorzystniejszej, oraz

unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy - MOSTY KUJAWY K. S. oraz

3) powtórny przystąpieniu przez Zamawiającego do czynności badania i oceny ofert, jak również oceny spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w prowadzonym postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia Wykonawców z prowadzonego postępowania.

Podczas czynności ponownego badania i oceny ofert i ponownej oceny spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, - rozdz. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ przez pryzmat brzmienia przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie z 2000 r, nr 63 poz. 735 ze zm.), na podstawie wyjaśnień Odwołującego, jak również innych dokumentów otrzymanych od podmiotów, które znajdują się w posiadaniu informacji istotnych dla dokonania przez Zamawiającego oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w r. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, o czym poinformował Odwołującego 23 czerwca 2023 r., stanowiącym wezwaniem do złożenia w trybie art. 128 ust. 1 PZP wykazu robót budowlanych, oraz załączenia dowodów potwierdzających, że te roboty zostały wykonane należycie. W treści wezwania zaznaczył, że sporną kwestią przy ocenie spełnienia warunku udziału w prowadzonym postępowaniu pozostał rodzaj (kwalifikacja) wybudowanych budowli, a mianowicie to, czy jest to wiadukt, czy też - jak twierdzi Odwołujący - jest to tunel pod drogą lub drogą kolejową, względnie przejście podziemne pod drogą lub drogą kolejową. Zgodnie z wytycznymi wyroku KIO 886/23, Zamawiający w treści wezwania zaprezentował interpretację pojęć używanych w sformułowanym przez siebie warunku udziału w postępowaniu, jak również wyjaśnił Odwołującemu przyczynę interpretowania pojęć użytych w treści ww. warunku udziału w postępowaniu w sposób opisany w treści ww. wezwania. Poinformował również, że w celu ustalenia, czy wymienione przez Odwołującego w złożonym w dniu 26 stycznia 2023 roku wykazie robót budowlanych budowle należy zakwalifikować jako wiadukt czy też jako tunel pod drogą, Zamawiający odwołał się do definicji tunelu z § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. nr 63 poz. 735 ze zm.). W treści § 3 pkt 2 rozporządzenia ustawodawca zdefiniował tunel jako „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”, Zamawiający dokonał oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, (r. VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ), przez pryzmat przepisów tego rozporządzenia, z uwagi na fakt, iż to te przepisy stanowiły jedną z podstaw prawnych sporządzenia dokumentacji projektowej dotyczącej zamówienia, które stanowi przedmiot prowadzonego postępowania, a w szczególności projektu architektoniczno budowlanego oraz projektu technicznego branży drogowej. W przypadku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane, polegające na wykonaniu przejścia pieszo - rowerowego pod ulicą.

Zamawiający zbadał również, czy wymienione w wykazie robót budowlanych roboty budowlane obejmowały swoim zakresem budowę przejścia podziemnego pod drogą, pomimo że w treści złożonego wykazu robót budowlanych Odwołujący w sposób wyraźny oświadczył, że w zakres ww. zamówienia wchodziło wybudowanie tunelu pod drogą. Zamawiający ustalił, że wymienione w złożonym wykazie robót budowlanych budowle nie spełniają warunków określonych w definicji legalnej „przejścia podziemnego”, która została sformułowana w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia MTiGM z 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. nr 63 poz. 735 ze zm.). O ustaleniach Zamawiający poinformował Odwołującego w treści

wezwania z 23 czerwca 2023 r. i treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z 19 lipca 2023 roku.

Niezasadne jest zatem twierdzenie Odwołującego, że podejmowane w toku badania i oceny ofert przez Zamawiającego czynności, polegające na wezwaniu Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 PZP, odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - WANT sp. z o.o., zostały wykonane niezgodnie z treścią wyroku z dnia 20 kwietnia 2023 r. KIO 886/23.

Zamawiający w oparciu o podmiotowe środki dowodowe złożone przez Odwołującego, jak również na podstawie dokumentów oraz informacji pochodzących od podmiotów, które znajdują się w posiadaniu informacji istotnych dla dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. O powyższym Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie z dnia 23 czerwca 2023 roku, stanowiącym wezwanie do złożenia wykazu robót budowlanych, oraz dowodów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie. W treści ww. wezwania Zamawiający poinformował Odwołującego szczegółowo o ustaleniach, które poczynił podczas czynności badania i oceny ofert oraz o efekcie skonfrontowania poczynionych ustaleń z przyjętą interpretacją pojęć użytych w treści ww. warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższych faktów Zamawiający w treści ww. pisma z dnia 23 czerwca 2023 roku wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do złożenia w wykazu robót budowlanych oraz referencji, zaznaczając przy tym, że dowodami, mogą być 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. W wyznaczonym terminie, 28 czerwca 2023 roku Odwołujący doręczył Zamawiającemu pismo, będące polemiką dotyczącą zasadności skierowanego przez Zamawiającego wezwania z argumentacją opartą na dokumentach prywatnych, sporządzonych na swoje zlecenie, włączonych do dokumentacji postępowania odwoławczego.

Konkludując dokonane ustalenia i przedstawione stanowiska, skład orzekający stwierdza, że jednym, a w sprawie rozpatrywanej, istotnym warunkiem udziału, sformułowanym w treści ogłoszenia i SWZ (rozdział VII pkt 1 ppkt 4 lit. a), było wykazanie się przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonaniem co najmniej 2 robotami budowlanymi, polegającymi na budowie tunelu pod drogą lub przejścia podziemnego pod drogą o długości nie mniejszej 10,00 metrów bieżących (mb) - każda robota budowlana. Ww. warunek udziału w postępowaniu został sformułowany w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wypełniając zasady, art. 16 pkt 3 oraz ar., 112 ust, 1 ustawy PZP.

Należy uznać za poprawne stwierdzenie, że dla podmiotów realizujących zamówienia z branży inżynierjno drogowej pojęcia „tunelu” oraz „przejścia podziemnego” są zasadniczo jasne i nie wymagają dodatkowego doprecyzowania; potwierdza to przy tym dokumentacja analogicznych postępowań prowadzonych przez podmioty stosujące ustawę pzp, przedstawiona w aktach sprawy.

Jak już zostało wspomniane Zamawiający - stosując się do wytycznych zawartych w wyroku KIO 886/23 - na etapie oceny spełniania warunku udziału w prowadzonym postępowaniu, o którym mowa w treści rozdziału VII pkt 1 ppkt 4 lit. a SWZ, przyjął jednolitą interpretację pojęć „tunel” oraz „przejście podziemne”, i konsekwentnie ją prezentował na kolejnych etapach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Dotyczy to przede wszystkim czynności, polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a wreszcie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy bowiem podnieść, iż zarówno w treści ww. wezwania do złożenia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych oraz treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podkreślił, iż w celu ustalenia, czy wymienione przez Odwołującego w złożonym w dniu 26 stycznia 2023 roku wykazie robót budowlanych budowie należy zakwalifikować jako wiadukt czy też jako tunel pod drogą Zamawiający odwołał się do definicji tunelu, o której mowa w treści § 3 pkt 2 rozporządzenia MTiGM z30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. nr 63 poz. 735 ze zm.), a przepisy te nie są sprzeczne i pozostają w koincydencji z zapisami specyfikacji warunków zamówienia.

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny, Izba oceniając przedstawione przez odwołującego roboty referencyjne deklarowane w złożonym wykazie jako tunele, uznaje, w świetle treści wielokrotnie cytowanego warunku udziału w postępowaniu, że wykonawca, także wskutek wezwania zamawiającego skierowanego w wykonaniu wyroku KIO 886/23, nie wykazał i nie potwierdził spełnienia przedmiotowego warunku.

O ile bowiem może być rozważane w kontekście warunku, przyznanie realizacji obiektu M-4 pod drogą wojewódzką nr 503, przymiotu obiektu o charakterze przejścia podziemnego, zważywszy, że przejście to dotyczy zwierząt, a jest suchym przepustem pełniącym funkcję ekologicznego przejścia dla małych i średnich zwierząt, to ocena, iż wiadukt Cierpice będący wiaduktem drogowym – obiektem inżynierjnym z dostępem wyłącznie do wiaduktu, co potwierdzają

dokumenty urzędowe, nie jest ani przejściem podziemnym, ani tunelem, co było jednoznacznym warunkiem dla inwestycji – robót budowlanych referencyjnych.

W takim stanie rzeczy, przy wymogu przedstawienia dwóch realizacji, stwierdzić należy, że wykonawca – odwołujący, nie sprostął postawionemu warunkowi.

W takim stanie rzeczy brak jest podstaw do twierdzenia, iż zamawiający dokonując oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego, naruszył przepisy prawa wskazane w petitum odwołania, zatem orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący: .....**