Sygn. akt: KIO 1344/23 KIO 1396/23

WYROK

z dnia 5 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 15 maja 2023 r. oraz 18 maja 2023 r. przez:

A.wykonawcę **LAUBRES Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1344/23)**,

B.wykonawcę **KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1396/23)**,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Wrocław we Wrocławiu reprezentowana przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu,**

przy udziale:

A.wykonawcy **GM ROADS POLSKA Sp. z o.oz siedzibą w Cieślach,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1344/23,

B.wykonawcy **KZN RAIL Sp. z o.o.z siedzibą w Krakowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1344/23,

C.wykonawcy **GM ROADS POLSKA Sp. z o.oz siedzibą w Cieślach,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1396/23,

orzeka:

I.W sprawie KIO 1344/23

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LAUBRES Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LAUBRES Sp. z o.oz siedzibą we Wrocławiu**, tytułem wpisu od odwołania.

II.W sprawie KIO 1396/23

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 1344/23 KIO 1396/23

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

Zamawiający – Gmina Wrocław we Wrocławiu – reprezentowana przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja torowiska wraz z siecią trakcyjną w ul. Legnickiej od ui. Zachodniej do ul. Niedźwiedziej", *znak postępowania KU.241/pn13_2023/MB*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.02.2023 r. pod numerem 2023/S 028-080041.

I.KIO 1344/23:

W dniu 15 maja 2023 r. wykonawca LAUBRES Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie **wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym zaniechania wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych, odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego** badania i oceny ofert wykonawców, wyboru jako najkorzystniejszej oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. oraz zatrzymania wniesionego przez Odwołującego wadium z odsetkami.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Ustawy pzp w zw. z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. jedn. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) (dalej: „k.c.") w zw. z art. 65^1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy pzp** poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości Odwołujący złożył w terminie podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;
2. **ewentualnie art. 128 ust. 4 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp,** poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych podmiotowych środków dowodowych z uwagi na powziętą wątpliwość co do tego, czy potwierdzają one spełnianie warunków udziału w Postępowaniu; oraz
3. **art. 128 ust. 5 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp,** poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do wykonawcy robót budowlanych o przedstawienie informacji na temat rodzaju robót budowlanych zrealizowanych przez Odwołującego jako podwykonawcę, ewentualnie zaniechanie weryfikacji informacji we własnym zakresie, z uwagi na powziętą wątpliwość co do spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu; jak również
4. **art. 139 ust. 3 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy pzp** poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne dokonanie ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, kwalifikacji podmiotowej wykonawcy GM ROADS POLSKA sp. z o.o., a w konsekwencji wybór złożonej przez tego wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stosunku do oferty Odwołującego nie zaistniały przesłanki odrzucenia, oferta Odwołującego została uznana w pierwszej kolejności jako najkorzystniejsza, a sam Odwołujący spełnia warunki pozytywnej kwalifikacji podmiotowej;
5. **art. 239 ust. 2 Ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 Ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1) i Ustawy pzp,** poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybrana oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia;
6. **art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp,** poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne zatrzymanie wadium złożonego przez Odwołującego jako wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, co spowodowało brak możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stanie faktycznym sprawy nie zachodzą ustawowe przesłanki do zatrzymania wadium.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a także dowodów przedłożonych w toku postępowania odwoławczego,
2. uwzględnienie odwołania w całości,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
5. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium,
6. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert, w tym czynności kwalifikacji podmiotowej Odwołującego,
7. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonych podmiotowych środków dowodowych,
8. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że:

1. Stan faktyczny

1.1. Informacje podstawowe

Zamawiający - Gmina Wrocław reprezentowana przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów Ustawy pzp, którego przedmiotem jest „Modernizacja torowiska wraz z siecią trakcyjną w ul. Legnickiej od ul. Zachodniej do ul. Niedźwiedziej".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 8 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 028-080041.

W Postępowaniu wpłynęło 8 ofert, w tym oferta Odwołującego oraz oferta GM ROADS Polska sp. z o.o.
Oferta Odwołującego została najwyżej oceniona. W konsekwencji w dniu 13 kwietnia 2023 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego z wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu tj. wykazu robót budowlanych oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w terminie do dnia 24 kwietnia 2023 r.
W dniu 24 kwietnia Odwołujący przekazał Zamawiającemu drogą elektroniczną żądane podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie i wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.
Już następnego dnia Zamawiający wezwał Odwołującego ,do złożenia oraz uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp w terminie do dnia 28 kwietnia 2023 r. do godz. 12.00.
W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wskazał w pkt 1 wykazu robót budowlanych, czy w ramach zadania „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej -Starogroblowej-Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz etap II" wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego. Wykonawca we wskazanym miejscu przywołał jedynie ilości mtp wykonane w poszczególnych technologiach.
Jednocześnie według Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że osoba proponowana na stanowisko kierownika budowy p. A. S. ma doświadczenie w robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mpt torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub pezpodsypkowej, albowiem doświadczenie uzyskane w toku realizacji wskazanego wyżej zadania „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej -Starogroblowej-Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) nie było w ocenie Zamawiającego doświadczeniem uzyskanym przy budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego.
Ponadto, według Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że p. A. S. nabył wymagane doświadczenie w robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej przy realizacji zadania „Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ui. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu."
Pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. przesłanym do Zamawiającego drogą elektroniczną o godz. 13.20, Odwołujący wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu z dnia 24 kwietnia 2023 r., przedkładając dodatkowe dowody na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący potwierdził, że w ramach zadania „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ui. Popowickiej - Starogroblowej-Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz etap II" wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego, a w związku z tym wymagane doświadczenie zdobył przy jego realizacji p. A. S..
W ślad za przekazanymi wyjaśnieniami o godz. 14.51 Odwołujący przesłał do Zamawiającego pismo informującego o przyczynach opóźnienia przekazania wyjaśnień, powołując się na problemy techniczne.
Pismem z dnia 8 maja 2023 r. przesłanym do Odwołującego drogą elektroniczną Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty GM ROADS Polska sp. z o.o.
Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy pzp podnosząc, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
Pismem z dnia 9 maja 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp, wskazując że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Ustawy pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez niego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

1.2.Wymagania SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w Rozdziale 11 SWZ.
W pkt 11.1 SWZ Zamawiający wskazał, że Wykonawca spełni warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że:
a)w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:
-**co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie, remoncie lub modernizacji w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego lub kolejowego, w tym 700 mtp torowiska z zabudową zieloną;**

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie, remoncie lub modernizacji w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;

b)dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia następującymi osobami i potencjałem technicznym:

- co najmniej 1 (jedną) osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych lub kierownika robót torowych lub kierownika budowy, w tym na co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającej na budowie, remoncie lub modernizacji w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego lub kolejowego, w tym 700 mtp torowiska z zabudową zieloną;

-co najmniej 1 osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych, który posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy, w tym co najmniej 1 Gednej) robocie budowlanej polegającej na budowie, remoncie lub modernizacji w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej".

Zgodnie z pkt 12.2. 1) SWZ w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w pkt 11.1. SWZ Zamawiający żąda złożenia następujących dokumentów i oświadczeń:

a)Wykazu robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie obejmujących:

-**co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie, remoncie lub modernizacji w ramach jednej umowy przynajmniej 10000 mtp torowiska tramwajowego lub kolejowego, w tym 700 mtp torowiska z zabudową zieloną,**

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie, remoncie lub modernizacji w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej,

wraz z podaniem ich **rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów,** na rzecz których roboty ta została wykonane, oraz **załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie,** przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty - sporządzony zgodnie z treścią Załącznika nr 6 do SWZ,

b)Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, tj.

-**co najmniej 1 (jedna) osoba, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych lub kierownika robót torowych lub kierownika budowy, w tym na co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającej na budowie, remoncie lub modernizacji w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego lub kolejowego, w tym 700 mtp torowiska z zabudową zieloną,**

-co najmniej 1 (jednej) osoby, która będzie pełnić funkcję kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych, który posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy, w tym co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającą na budowie, remoncie lub modernizacji w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej,

wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o prawie do dysponowania tymi osobami - sporządzony zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SWZ.

2.Uzasadnienie zarzutów odwołania

Odwołujący wskazuje, że odrzucenie złożonej przez niego oferty zostało dokonane z naruszeniem przepisów Ustawy pzp w związku z art. 65 k.c., a w konsekwencji zarówno czynność zatrzymania wniesionego przez niego wadium jak i czynność ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu została dokonana nieprawidłowo, albowiem wybrano ofertę, która w świetle regulacji Ustawy pzp nie była najkorzystniejsza,

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Ustawy pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 65^1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy pzp

Przystępując do uzasadnienia podniesionych zarzutów należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przywołana przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego norma prawna zapisana w art. **226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Ustawy pzp** nakazuje odrzucić taką ofertę, która jest złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Tymczasem w stanie faktycznym sprawy Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Ustawy pzp złożył wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe, w tym środki potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu tj. wykaz robót budowlanych sporządzony zgodnie z treścią Załącznika nr 6 do SWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, sporządzony zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SWZ.

W szczególności w lp. 1 wykazu robót budowlanych w kolumnie **„Charakterystyka/Rodzaj wykonywanych robót budowlanych"** Odwołujący zamieścił informację „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiei - Staroaroblowei - Długiej fod ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły[1]) Etap I podetap IB oraz Etap II 571,07 mtp w technologii bezpodsypkowei 951,00 mtp w technologii podsypkowej **łącznie: 1.522,07 mtp tramwajowego** - warunek spełniony".

Odwołujący wskazał zatem wyraźnie, że robota budowlana polegała na **budowie trasy tramwajowej.**

W ocenie Zamawiającego przedstawionej w uzasadnieniu wezwania do złożenia oraz uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp, Odwołujący rzekomo nie wskazał„czy w ramach zadania „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż uł. Popowickiej - Starogrobfowej **-** Długiej (od uf. Milenijnej do uł. Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz Etap II" wykonał robotę budowlaną polegająca na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowegd', *zaś „* we wskazanym miejscu przywołał jedynie ilości mtp wykonane w poszczególnych technologiach'.

Stanowisko Zamawiającego jest całkowicie nieuprawnione i sprzeczne z literalną wykładnią wykazu robót budowlanych jako oświadczenia wiedzy Odwołującego. Sformułowanie „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz Etap II" użyte zostało przez Odwołującego w kolumnie „Charakterystyka/Rodzaj wykonywanych robót budowlanych", a zatem jako określenie rodzaju robót budowlanych, a nie nazwy projektu. Fakt, że oznaczenie rodzaju robót budowlanych pokrywa się z nazwą projektu nie może prowadzić do wniosku, że Odwołujący nie wskazał rodzaju robót budowlanych, a jedynie nazwę zadania.

Co istotne, w ocenie Zamawiającego, z załączonego do wykazu robót budowlanych poświadczenia od „PRO-TRA BUILDING" sp. z o.o*.Jednoznacznie wynika, że Wykonawca LAUBRES sp. z o.o. w zakresie przywołanego zadania wykonał jedynie roboty montażowe torowiska, czego nie można zakwalifikować do budowy, czy przebudowy zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane."*

Takie sformułowanie świadczy jednoznacznie o tym, że źródłem wątpliwości Zamawiającego był zakres robót budowlanych wskazany w poświadczeniu „PRO-TRA BUILDING" sp. z o.o.

W tym miejscu należy zauważyć, że referencje winny być zawsze oceniane w powiązaniu z wykazem robót budowlanych, nieuprawnionym jest dokonywanie oceny tych dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy od podmiotu który referencję wystawia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, Zamawiający nie może podważać treści referencji jako niekompletnych czy tez nieprzydatnych w postępowaniu z tego względu, że nie zawierają one wszystkich informacji, jakie chciałby z nich wywieść Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Rolą referencji jest bowiem potwierdzenie należytego wykonania opisanej w nich usługi/dostawy/roboty budowlanej i z natury rzeczy mają one bardziej ogólny charakter. Wykonawca nie jest zobligowany (ani nawet biorąc pod uwagę okres, za jaki mogą być przedkładane referencje, nie ma takiej możliwości) do dostosowywania treści referencji do warunków konkretnego postępowania, w tym nie może domagać się od wystawcy referencji zamieszczenia w nim elementów dostosowanych do treści, niekiedy bardzo szczegółowych warunków udziału w konkretnym postępowaniu. **Celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość daty i miejsce wykonania podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych** *{por. wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 970/22).*

To nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Błędnym jest zatem przyjmowanie, że treść referencji powinna powielać informacje żądane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość

wykonywanej usługi referencyjnej, (por. wyrok KIO z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1216/17).

Zamawiający winni zatem respektować referencje, które potwierdzają należyte wykonanie usług, nawet jeśli zdaniem Zamawiającego nie zawierają konkretnych informacji odnoszących się do postępowania, w którym są przedkładane.

Złożony przez Odwołującego wraz z wykazem robót budowlanych dokument potwierdzający, że roboty budowlane zostały wykonane należycie tj. „Poświadczenie" wystawione w dniu 27 maja 2022 roku przez wykonawcę robót budowalnych „PRO-TRA Building" sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu potwierdza realizację przez Odwołującego robót budowlanych w ramach projektu „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz Etap II", potwierdza daty realizacji robót budowlanych (tożsame z datami wskazanym w wykazie robót budowlanych), odbiorcę robót budowlanych (tożsamego ze wskazanym w wykazie robót budowlanych), realizację określonej długości torowiska podsypkowego i bezpodsypkowego (tożsame ze wskazanymi w wykazie robót budowlanych), jak również należytą realizację robót budowlanych.

Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw do kwestionowania faktu, że złożone poświadczenie odnosi się do robót budowlanych wskazanych w lp. 1 wykazu robót budowlanych.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że nie polega na prawdzie twierdzenie jakoby w poświadczeniu z dnia 27 maja 2022 r. użyte zostało sformułowanie, że przedmiotem robót budowlanych były *„jedynie roboty montażowe torowiska".*

W dokumencie przedmiotowym zakres realizowanych robót budowlanych został opisany przez wykonawcę jako:

„ - Montaż torowiska tramwajowego na podlewie ciągłym na płycie betonowej wylewanej na mokro (w tym montaż rozjazdu tramwajowego dwutorowego pojedynczego pełnego lewego) - 571,07mtp,

-Montaż torowiska tramwajowego na podkładach strunobetonowych - 951,00 mtp,

-Montaż przyrządów wyrównawczych - 2,00 kpl - Gięcie szyn tramwajowych - 224,55m."

Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że wystawca oświadczenia użył pojęcia „montażu" w rozumieniu potocznego języka branżowego, a nie prawnego. Notabene w prawie budowlanym brak jest ustawowej definicji montażu.

Odwołujący ponownie potwierdza, że w ramach robót budowlanych realizowanych na rzecz „PRO-TRA Building" sp. z o.o. wykonywał prace polegające na rozbudowie istniejącej infrastruktury torowej (objętej definicją budowy w rozumieniu art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.) (dalej: **„PrBud"),** jak również przebudowie istniejącej infrastruktury torowej w rozumieniu art. 3 pkt 7a PrBud. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie zawarte są w odpowiedzi Odwołującego na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Konsekwencją błędnego przyjęcia, że Odwołujący nie wskazał, że w ramach zadania „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz Etap II" wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska była błędna ocena treści złożonego przez Odwołującego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, tj. błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że osoba proponowana na stanowisko kierownika budowy p. A. S. ma doświadczenie w robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej. Zamawiający zakwestionował tym samym bezpodstawnie doświadczenie p. A. S. zdobyte w toku realizacji robót budowlanych polegających na budowie trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły).

Niezależnie od powyższego, Zamawiający z niewiadomych względów zakwestionował doświadczenie p. A. S. zdobyte przy realizacji budowy trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu - Etap I, odcinek od km 0+130,00 do km 0-639,44. Odwołujący wyraźnie wskazał w kolumnie **„Wskazanie budowy/przebudowy/remontu zgodnej z wymaganiami Zamawiającego"** budowę trasy tramwajowej. W tym zakresie aktualność zachowują uwagi poczynione w odniesieniu do wykazu robót budowlanych.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią art. 65 k.c., mającego zastosowanie również do oświadczeń wiedzy na mocy art. 65^1 k.c., oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Warte podkreślenia jest, że nawet w sytuacji gdy odpowiedź na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp złożona została przez Odwołującego po upływie wyznaczonego terminu i Zamawiający nie uwzględniał jej przy ocenie oferty Odwołującego, Zamawiający nie był pozbawiony instrumentów pozwalających na jednoznaczną i ostateczną weryfikację spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a tym samym prawidłowego przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej Odwołującego i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Skoro źródłem wątpliwości Zamawiającego była treść poświadczenia wystawionego przez „PRO-TRA

BUILDING" sp. z o.o., nie było przeszkód, aby Zamawiający zgodnie z treścią art. 128 ust. 5 Ustawy pzp zwrócił się o potwierdzenie zakresu robót wykonanych przez Odwołującego bezpośrednio do jego wystawcy, ewentualnie zweryfikował doświadczenie Odwołującego we własnym zakresie.

Istotnym w sprawie jest bowiem fakt, że kwestionowana przez Zamawiającego robota budowlana zrealizowana została przez Odwołującego jako zgłoszonego podwykonawcę w ramach zamówienia publicznego realizowanego m. in. na rzecz samego zamawiającego, tj. Gminy Wrocław.

Dowody:

- *Polska-Wrocław: Roboty budowlane (wi.wroc.pl) -link do ogłoszenia o zamówieniu na „Budowę trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz Etap II",*
- *Wydruk ogłoszenia o zamówieniu.*

Zgodnie bowiem z art. 128 ust. 5 Ustawy pzp, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzę wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 i 5 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp

Odwołujący z ostrożności procesowej zgłasza jako ewentualne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 i 5 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp, mającego wpływ na wynik Postępowania. W toku badania i oceny ofert na etapie kwalifikacji podmiotowej Odwołującego Zamawiający powziął wątpliwości co do treści złożonego wykazu robót budowlanych wraz z poświadczeniem należytego ich wykonania oraz wykazu osób które uczestniczyć będą w realizacji zamówienia, tj. czy potwierdzają one spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu. Wątpliwość ta wyniknęła w istocie z użycia w poświadczeniu wystawionym przez „PRO- TRA Building" sp. z o.o. sformułowania „montaż torowiska tramwajowego".

W takiej sytuacji, zgodnie z zasadą proporgonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3) Ustawy pzp, Zamawiający winien zwrócić się do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia przez Odwołującego treści złożonych podmiotowych środków dowodowych i dopiero po ich otrzymaniu podjąć adekwatne czynności w Postępowaniu, w zależności od faktycznej potrzeby. W ocenie Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych było wystarczające do ustalenia, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu. W rzeczywistości w stanie faktycznym sprawy nie zachodziła konieczność złożenia wcześniej niezłożonych podmiotowych środków dowodowych, ani ich uzupełnienia tudzież poprawienia. Odwołujący użył w wykazach jednoznacznych sformułowań odnoszących się do budowy torowiska tramwajowego. Natomiast treść poświadczenia „PRO-TRA Building" sp. z o.o., potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych, pozwalała na powiązanie ich z robotami wskazanymi w ip. 1 wykazu robót budowlanych.

Podkreślić również należy, że Zamawiający uprawniony był także do zwrócenia się bezpośrednio do wystawcy poświadczenia „PRO-TRA Building" sp. z o.o. o przedstawienie informacji na temat zakresu robót zrealizowanych przez Odwołującego jako jego podwykonawca w trybie art. 128 ust. 5 Ustawy pzp, czego bezpodstawnie zaniechał.

Kuriozalnym w sprawie jest również fakt, że Zamawiający tj. Gmina Wrocław zaniechał weryfikacji zakresu zrealizowanych przez Odwołującego robót budowlanych w ramach własnej organizacji. To bowiem Gmina Wrocław była jednym z zamawiających na rzecz których roboty budowlane wskazane przez Odwołującego, działającego w charakterze zgłoszonego podwykonawcy, były realizowane. Co istotne, uprawnienie przedmiotowe mogło być wykonane również po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu na wykonanie wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp.

W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych wskazuje się, że biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 128 ust. 4 i 5 Ustawy pzp należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencję zamawiającego, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert.

Tym samym możliwość, o której mówi art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść *(por. wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r. sygr. akt KIO/UZP 992/09, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2009 r. KIO/UZP1519/09 KIO/UZP1520/09, wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r. KIO 605/11, wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r. KIO 902/14).*

Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Ustawy pzp, tudzież zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do wykonawcy „PRO-TRA Building" sp. z o.o. bądź też weryfikacji w ramach własnej

organizacji Zamawiającego tj. Gminy Wrocław w trybie art. 128 ust. 5 Ustawy pzp w celu potwierdzenia zakresu robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego.
Gdyby Odwołujący hipotetycznie nie dochował terminu na złożenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp, nie byłoby przeszkód prawnych, aby takie wezwanie ponowić, umożliwiając Odwołującemu potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu i wybór oferty najwyżej ocenionej w Postępowaniu. W drugim przypadku tj. skorzystania z uprawnienia przewidzianego w art. 128 ust. 5 Ustawy Pzp nie byłoby w ogóle potrzeby występowania do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych.
Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył swym zaniechaniem przepisy art. 128 ust. 4 i 5 Ustawy pzp, co miało wpływ na wynik Postępowania.

Uzasadnienie naruszenia art. 139 ust. 3 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy pzp

Zgodnie z art. 139 ust. 3 Ustawy pzp, jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.
W stanie faktycznym sprawy z uwagi na wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie dokonał ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców oraz kwalifikacji podmiotowej wykonawcy GM ROADS POLSKA sp. z o.o., co miało wpływ na wynik Postępowania.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 2 Ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 Ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) Ustawy pzp

W myśl art. 239 ust. 1 Ustawy pzp,.zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
Stosownie zaś do treści art. 239 ust. 2 Ustawy pzp,.najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.
W stanie faktycznym sprawy oferta najkorzystniejsza jest oferta Odwołującego. Została ona pierwotnie najwyżej oceniona przez Zamawiającego. Odwołujący nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy pzp doprowadziło w konsekwencji do wyboru oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. która najkorzystniejszą nie jest.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp

Stosownie do treści art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp,.Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
Oznacza to, że w zakresie podmiotowych środków dowodowych zamawiający może zatrzymać wadium wówczas, gdy zostaną spełnione łącznie trzy przesłanki:

a. brak podmiotowych środków dowodowych albo złożenie podmiotowych środków dowodowych z których nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu,
b. nieuzupełnienie podmiotowych środków dowodowych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy
c. brak możliwości wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Podkreślenia wymaga, że ciężar wykazania przesłanki zatrzymania wadium, w myśl art. 6 k.c., spoczywa na Zamawiającym.
Zatrzymanie wadium wniesionego w postępowaniu uzależnione jest od stwierdzenia zaistnienia przesłanek ustawowych, wobec czego, biorąc pod uwagę restrykcyjny charakter czynności, przed jej dokonaniem zamawiający zobowiązany jest dogłębnie przeanalizować okoliczności konkretnego przypadku.
Decyzja o zatrzymaniu wadium powinna być podjęta przez Zamawiającego po wnikliwej analizie, czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp oraz analizie wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp na postępowanie o udzieleni zamówienia publicznego.

Takiej wnikliwej analizy Zamawiający z całą pewnością nie przeprowadził, albowiem już następnego dnia po wyborze oferty najkorzystniejszej powiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium, zaniechawszy chociażby uprzedniego wystąpienia do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia kwestii przyczyn niedotrzymania terminu złożenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Należy podkreślić, iż zatrzymanie wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp może nastąpić wyłącznie w sytuacji wcześniejszego prawidłowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp.

Pogląd ten znajduje potwierdzenie w stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w komentarzu do Ustawy pzp: „uprawnienie do zatrzymania wadium zaistnieje tylko w sytuacji, gdy dokumenty (oświadczenia) są niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz wykonawca został zasadnie o nie wezwany" (zob. Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 335, por. odwołanie do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 r., sygn.. akt III CZP 27/17, niepubl.).

Nieuzasadnione wezwanie do uzupełnienia środków dowodowych traktowane jest jako przyczyna braku uzupełnienia nieleżąca po stronie wykonawcy.

W stanie faktycznym sprawy nie ulega wątpliwości, że wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 było nieprawidłowe, a co najmniej niezgodne z zasadą proporcjonalności, która wymaga, aby działania zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu *(por. wyrok KIO z dnia 7 marca 2023r., sygn. akt KIO 455/23).* Wykonawca winien być zatem w pierwszej kolejności wezwany do wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych. W konsekwencji brak jest podstaw do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, w orzecznictwie sądowym, jak i wypowiedziach doktryny wielokrotnie wyrażany był pogląd, że zatrzymanie wadium nie wchodzi w grę, gdy wykonawca działa w dobrej wierze.

Podkreśla się bowiem, że uzasadnieniem rozwiązania prawnego przewidzianego w art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp (poprzednio art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r.), było przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku niewywiązania się wykonawcy z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy pzp. Z uwagi na restrykcyjny charakter przepisu prowadziłoby to do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy (por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 15 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 97/13)

I tak w komentarzu do Ustawy pzp, Urząd Zamówień Publicznych wyraźnie wskazuje, że zatrzymanie wadium nie wchodzi w grę, „gdy wykonawca działa w dobrej wierze, czyli błędnym ale usprawiedliwionym przekonaniu, że spełnia warunki zamówienia*"* (zob. Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 336).

Przy analizie przesłanek zatrzymania wadium należy zatem rozważyć zasadność przekonania wykonawcy, że posiadane przez niego doświadczenie kwalifikuje go do udziału w postępowaniu.

Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt I CSK 422/12, wskazując, „Badając zasadność zatrzymania wadium, sąd nie może tracić z pola widzenia celu tej sankcji i zawinienia oferenta". Według Sądu Najwyższego „*Ocena ta powinna zmierzać do określenia celu określonego zachowania się powoda, a zatem do stwierdzenia, czy dążył on do obejścia prawa, w szczególności przez zmowę z innymi wykonawcami prowadzącą do uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę z wyższą ceną.***"**

W wyroku z dnia 11 marca 2014 r., sygn.. akt I ACa 789/13 Sąd Apelacyjny w Białymstoku wskazał, że„Jeżeli celem działania powoda nie była realizacja zmowy przetargowej z innymi wykonawcami, lecz zamierzał on nadał uczestniczyć w postępowaniu przetargowym i w dobrej wierze uzupełnił wymagane dokumenty i oświadczenia, choć nie ustrzegł się błędów, to w takiej sytuacji pozwany nie miał podstaw do zatrzymania wadium. Działanie powoda nie zmierzało bowiem do obejścia prawa oraz nie polegało na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń." *(por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 grudnia 2014 r.; sygn. akt V ACa 1366/14).*

Z powyższego należy wywieść, że zatrzymanie wadium nie jest możliwe, jeżeli wykonawca faktycznie spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jedynie popełnia błąd przy uzupełnianiu żądanych dokumentów, przykładowo przekazuje je do Zamawiającego z nieznacznym opóźnieniem w stosunku do wyznaczonego terminu, z uwagi na problemy techniczne z infrastrukturą informatyczną.

Zatem nawet w przypadku uznania, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art, 128 ust. 1 Ustawy pzp było prawidłowe, czemu Odwołujący stanowczo zaprzecza, to w stanie faktycznym sprawy nie sposób przypisać wykonawcy złej woli. Wykonawca, w bardzo krótkim wyznaczonym terminie (wezwanie przekazano Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 25.04.2023 r. o godz. 15.25), przed zbliżającą się, wyjątkowo długą w tym roku przerwą majówkową, podjął wszelkie możliwe starania w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu i zgromadzenia wszelkich dostępnych dodatkowych dowodów potwierdzających rodzaj robót budowlanych wykonanych na rzecz „PRO-TRA BUILDING" sp. z o.o. Przygotowane wyjaśnienia i zgromadzone dokumenty, choć z opóźnieniem, zostały przesłane do Zamawiającego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 maja 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 129 ust. 1 oraz art. 132 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest modernizacja torowiska wraz z siecią trakcyjną w ul. Legnickiej od ul. Zachodniej do ul. Niedźwiedziej.

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu, wraz z dokumentacją postępowania, miała miejsce w dniu 08 lutego br. Z kolei w dniach 06 marca br. i 10 marca br. miały miejsce publikacje sprostowań ogłoszenia, w których m.in. dokonano zmian w zakresie warunku udziału w postępowaniu oraz terminu składania ofert.

Odwołujący w złożonym odwołaniu błędnie wskazał warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego, przywołując jego stare brzmienie. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej po zmianach uzyskał brzmienie:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

a)w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:

-co najmniej I (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;

*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

b)dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia następującymi osobami i potencjałem technicznym:

-co najmniej 1 (jedną) osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych lub kierownika robót torowych lub kierownika budowy, w tym na co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;

-co najmniej 1 osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych, który posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy, w tym co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej.

*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane."

W postępowaniu, do wyznaczonego terminu składania ofert, tj. do 23.03.2023 r., złożono osiem ofert.

W dniu 13 kwietnia br. Zamawiający, przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwał Wykonawcę Laubres Sp. z o.o., którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w terminie do dnia 24 kwietnia br. podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp. W dniu 24 kwietnia br. Wykonawca Laubres Sp. z o.o. złożył podmiotowe środki dowodowe.

Z uwagi na to, że złożone przez Wykonawcę podmiotowe środki dowodowe budziły wątpliwości Zamawiającego w zakresie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, zwrócił się bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie tych informacji.

Po otrzymaniu odpowiedzi Zamawiający w dniu 25 kwietnia wezwał Wykonawcę Laubres Sp. z o.o., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, do złożenia oraz uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie Wykazu robót budowlanych oraz Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wyznaczając Wykonawcy termin do dnia 28 kwietnia br. do godziny 12:00.

Wykonawca Laubres Sp. z o.o. nie odpowiedział w przewidzianym terminie na wezwanie Zamawiającego.

W związku z powyższym, Zamawiający przeprowadził ponowną analizę ofert i w dniu 28 kwietnia br. wezwał

Wykonawcę GM Roads Polska Sp. z o.o., którego oferta została najwyżej oceniona spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, do złożenia w terminie do dnia 08 maja br. podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp.

Wykonawca GM Roads Polska Sp. z o.o., w dniach 05 i 08 maja br. złożył wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 08 maja br. Zamawiający w dniu 08 maja br. przekazał Uczestnikom postępowania informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Wykonawcy GM Roads Polska Sp. z o.o oraz o odrzuceniu oferty Wykonawcy Laubres Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP, albowiem Wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 15 maja br. Wykonawca Laubres Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W odwołaniu Wykonawca Laubres Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych, w tym zaniechania wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych, odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego badania i oceny ofert wykonawców, wyboru jako najkorzystniejszej oferty GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. oraz zatrzymania wniesionego przez Odwołującego wadium wraz z odsetkami.

Niniejsze pismo procesowe stawowi odpowiedź Zamawiającego na ww. odwołanie. Wszystkie dokumenty wskazane w niniejszym piśmie znajdują się w aktach sprawy, niemniej kluczowe dokumenty dla uzasadnienia stanowiska Zamawiającego zostaną dołączone do niniejszej odpowiedzi na odwołanie w formie załączników.

STANOWISKO ZAMAWIAJĄCEGO

W odpowiedzi na postawione przez Odwołującego zarzuty. Zamawiający oświadcza, że wszystkie sformułowane w odwołaniu zarzuty są bezzasadne wobec przedstawionej poniżej szczegółowej argumentacji Zamawiającego, a odwołanie powinno zostać oddalone.

1. **W odpowiedzi na zarzut Odwołującego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Ustawy pzp w zw.** z **art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. jedn. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) (dalej: „k.c.") w zw. z art. 65' k.c. w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy pzp** poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości Odwołujący złożył w terminie podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu

Zamawiający podnosi, że powyższy zarzut jest nieuzasadniony.

Odwołujący nie złożył w terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający informuje, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu pn.: „Modernizacja torowiska wraz z siecią trakcyjną w ul. Legnickiej od ul. Zachodniej do ul. Niedźwiedziej" (sygn. postępowania: KU.241/pn13_2023/MB) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego wpkt.11.1, ppkt 4, lit. a, tiret pierwszy SWZ o następującej treści: *„Wykonawca spetni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:*

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 metrów toru pojedynczego (mtp) torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej (*zgodnie z definicją określoną wart. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane)".

W dniu 24.04.2023 r. Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym m. in. Wykaz wykonanych robót budowlanych (Załącznik nr 6 do SWZ). W wykazie tym Odwołujący powołał się na zadanie: *Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ulicy Popowickiej- Starogroblowej - Długiej 9 od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) - Etap I podetap I B oraz Etap II*.W wykazie tym Wykonawca wpisał *„571,07 mtp w technologii bezpodsypkowej, 951 w technologii podsypkowej, łącznie: 1 522,07 mtp tramwajowego - warunek spełniony".* Jako odbiorcę wskazał Pro-Tra Building Sp. z o.o. załączając referencje tego podmiotu zawierającą również informację o zakresie realizowanych robót.

Z uwagi na to, że złożone przez Wykonawcę podmiotowe środki dowodowe budziły wątpliwości Zamawiającego w zakresie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, zwrócił się bezpośrednio do ProTra Building o przedstawienie informacji o zakresie wykonywanych robót budowlanych przez Laubres Sp. z o. o.

W dniu 25.04.br. Zamawiający otrzymał od spółki Pro Tra Building Sp. z o.o, informację, że Wykonawca Laubres Sp. z o.o. w ramach zadania pn. Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Staroglobłowej-Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) - Etap I podetap IB oraz Etap II, wykonywał jedynie roboty montażowe torowiska na

wykonanych przez spółkę Pro Tra Building sp. z o.o. podbudowach.

Dowód: korespondencja mailowa Paullny Chmielewskiej do sekretariatu Pro-Tra Building z dnia 24.04.2023r. i korespondencja mailowa Zdzisława Fabiniaka do Pauliny Chmielewskiej z dnia 25.04.2023r.

W związku z niewykazaniem przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający w dniu 25.04.2023 r., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia w terminie do dnia 28.04.2023 r. do godziny 12:00 aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, celem wykazania spełnienia warunku określonego jak wyżej. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w przedmiotowym wykazie w lp. 1. Odwołujący nie wykazał, czy w ramach zadania: *Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) - Etap I podetap IB oraz Etap II,*wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego. Wykonawca we wskazanym miejscu przywołał jedynie ilości mtp (metry toru pojedynczego) wykonane w poszczególnych technologiach bez przypisania robót do budowy lub przebudowy. Natomiast z załączonego do wykazu poświadczenia od „PRO-TRA BUILDING"Sp. z o.o., jednoznacznie wynikało, że Odwołujący w zakresie przywołanego zadania wykonał jedynie roboty montażowe torowiska, czego nie można zakwalifikować do budowy, czy przebudowy, zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej.

Tym samym Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 11.1, ppkt 4), lita), tiret pierwszy SWZ.

W związku z powyższym, Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, we wskazanym powyżej terminie, żądał od Odwołującego złożenia poprawionego i uzupełnionego wykazu wykonanych robót stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ w zakresie wykonanych w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie obejmujących: co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej *(^zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane)* oraz złożenia stosownych dowodów określających, czy ta robota budowlana została wykonana należycie.

Odwołujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w wyznaczonym w wezwaniu terminie, tj. do dnia 28.04.2023 r. do godziny 12:00. Odwołujący złożył oświadczenie dot. podmiotowych środków dowodowych, 1h i 21 min. po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, czyli dnia 28.04.2023 r. o godz. 13:21.

Niezależnie od powyższego Odwołujący w Wykazie wykonanych robót budowlanych nadal wskazywał doświadczenie w zakresie zadania: *Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) - Etap I podetap IB oraz Etap II,*załączając do wykazu nowe dokumenty (m. in. umowę podwykonawczą PRO-TRA BUILDING" Sp. z o. o., protokoły odbiorów), które poświadczały wykonanie roboty budowlane polegającej na montażu torowiska, czego nie można zakwalifikować do budowy lub przebudowy* (*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane) w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej.

Montaż jest bowiem robotą budowlaną, która nie wchodzi w zakres definicji budowy lub przebudowy (montaż wymieniany jest w art. 3 pkt. 7 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Należy zatem stwierdzić, że robota budowlana polegająca na montażu torów tramwajowych nie stanowi budowy ani przebudowy torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej.

Zamawiający wskazuje, że torowisko tramwajowe w technologii podsypkowej to nie tylko szyny, i nie tylko rama toru składająca się z szyn z podkładami, ale co najmniej warstwa konstrukcyjna podtorza i górna powierzchnia podtorza przystosowana do zabudowania nawierzchni, składającej się z podsypki oraz ramy toru składającej się z szyn, złączek, przytwierdzeń i podkładów. Poniżej na schemacie kolorem czerwonym przedstawiono zakres robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego. Zakresu robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego nie można nazwać robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej, a robotą budowlaną polegającą jedynie na montażu szyn tramwajowych.

Torowisko tramwajowe w technologii bezpodsypkowej to również nie tylko szyny tramwajowe. W systemie tym szyny przytwierdzone są do podbudowy betonowej wykonanej jako betonowa monolityczna płyta na całej długości toru, zamiast do podkładów układanych punktowo. Masy zalewowe otulające szynę wykonane poziomo na podbudowie betonowej i pionowo na styku z nawierzchnią betonową mają funkcję izolująco-mocującą i wibroizolacyjną. Poniżej na schemacie kolorem czerwonym przedstawiono zakres robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego.

Zatem zakresu robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego nie można nazwać robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej, a robotą budowlaną polegającą

jedynie na montażu szyn tramwajowych.
Odwołujący w treści odwołania wskazuje na następujące sformułowanie w swoim oświadczeniu *wiedzy:*„Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły) Etap I podetap \B oraz Etap II", które zostało użyte przez Odwołującego w kolumnie „Charakterystyka/Rodzaj wykonywanych robót budowlanych", a zatem jako określenie rodzaju robót budowlanych, a nie nazwy projektu. Fakt, że oznaczenie rodzaju robót budowlanych pokrywa się z nazwą projektu nie może prowadzić do wniosku, że Odwołujący nie wskazał rodzaju robót budowlanych, a jedynie nazwę zadania."
Jednakże Odwołujący nie może przypisywać sobie doświadczenia należnego podmiotowi PRO- TRA BUILDING Sp. z o.o., dla którego był podwykonawcą w ramach realizacji wskazanego zadania i wykonywał tylko pewien drobny zakres robót budowlanych wymagający najmniejszych nakładów finansowych, sprzętowych materiałowych i ludzkich w stosunku do całej budowy/przebudowy torowiska tramwajowego. To podmiot PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. nabył doświadczenie w zakresie Budowy trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Władysława Jagiełły), która składa się z odcinków torowiska tramwajowego wykonanego w technologii podsypkowej oraz odcinków torowiska tramwajowego wykonanego w technologii bezpodsypkowej.
Ponadto Zamawiający nie podważa treści referencji jako niekompletnych, nie miał do nich zastrzeżeń. Należy zauważyć, że celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych faktycznie wykonanych przez podmiot wskazany w takich referencjach. Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że to oświadczenie Wykaz wykonanych robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań i posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jednakże pod warunkiem, że w oświadczeniu takim Wykonawca wskazuje faktycznie wykonane przez siebie roboty budowlane w zakresie budowy lub przebudowy.
Zatem Odwołujący nie powinien przypisać swojemu doświadczeniu całego zadania polegającego na budowie wskazanej trasy tramwajowej; co do zasady w oświadczeniach poświadcza się prawdę i wskazuje zakres robót faktycznie wykonanych.
Odwołujący winien rzetelnie i zgodnie ze stanem faktycznym wskazać zakres robót budowlanych wykonanych przez siebie, a mianowicie, że w ramach przywołanego zadania nie wykonał robót budowlanych polegających na budowie torowiska w technologii podsypkowej i bezpodsypkowej, a jedynie wykonał część robót budowlanych polegających na montażu szyn. Nie zasługuje na uwzględnienie wywód Odwołującego dotyczący referencji i wystawionego przez Pro - Tra Building dokumentu „Poświadczenie", bowiem podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy było niezłożenie w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych.
Skoro Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu uzasadnione było odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy PZP.

2. **W odpowiedzi na zarzut Odwołującego naruszenia ewentualnie art. 128 ust. 4 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp,** poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych podmiotowych środków dowodowych z uwagi na powziętą wątpliwość co do tego, czy potwierdzają one spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający podnosi, że powyższy zarzut jest nieuzasadniony.
W ocenie Zamawiającego nie zachodziła potrzeba wezwania Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.
Zamawiający nie potrzebował wyjaśnień Odwołującego w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający dał szansę Odwołującemu na złożenie nowego wykazu i wskazanie innej roboty budowlanej, która mogłaby potwierdzić spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej Odwołującego.
Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 nie przedstawił roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał się wymaganym doświadczeniem.
Odwołujący po terminie określonym w wezwaniu Zamawiającego złożył wyjaśnienia wraz z dodatkowymi dokumentami (m. in. Umową podwykonawczą wraz z aneksem, protokołami odbiorów i in.) do już wcześniej złożonych podmiotowych środków dowodowych. Złożone wyjaśnienia i dokumenty potwierdziły to, co już wiedział Zamawiający, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykazał się doświadczeniem w zakresie budowy lub przebudowy w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej. Odwołujący wykazał jedynie doświadczenie w robocie budowlanej polegającej na montażu w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego. Odwołujący nie wykonywał robót budowlanych wymaganych w warunku udziału w postępowaniu, tj. Odwołujący nie wykonywał robót budowlanych polegających na

budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej, tj. nie wykonywał robót w zakresie warstw konstrukcyjnych torowiska tramwajowego, płyt betonowych, nie wykonywał też robót budowlanych związanych z wykonaniem podsypki tłuczniowej, na której układane są podkłady, a następnie montowane szyny.

3. **W odpowiedzi na zarzut Odwołującego naruszenia art. 128 ust. 5 Ustawy pzp w zw. z art.** 16 **pkt 1**), 2) **i** 3) **Ustawy pzp,** poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do wykonawcy robót budowlanych o przedstawienie informacji na temat rodzaju robót budowlanych zrealizowanych przez Odwołującego jako podwykonawcę, ewentualnie zaniechanie weryfikacji informacji we własnym zakresie, z uwagi na powziętą wątpliwość co do spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu,

Zamawiający podnosi, że powyższy zarzut jest nieuzasadniony.

W celu odparcia twierdzeń Odwołującego sformułowanych w pow. zarzucie Zamawiający informuje, że dnia 24.04.2023 r. zwrócił się bezpośrednio do Wykonawcy robót budowlanych - PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. o przedstawienie informacji na temat rodzaju robót budowlanych zrealizowanych przez Odwołującego jako jego podwykonawcy. Zamawiający zapytał „czy w ramach przywołanego zadania pn.: Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogrobłowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) - Etap ł podetap IB oraz Etap II, Wykonawca Laubres Sp. z o.o. wykonywał roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego? Czy Wykonawca Laubres Sp. z o.o. wykonywał roboty budowlane w pełnym zakresie, tj.:

-prace ziemne,

-warstwy konstrukcyjne torowiska,

-wykonywał płytę betonową, bądź układał podkłady strunobetonowe z podsypką na których nastąpił montaż torowiska?"

Dnia 25.04.2023 r. Zamawiający otrzymał odpowiedź od Wykonawcy robót budowlanych - PRO- TRA BUILDING Sp. z o.o. następującej treści:,, W *ramach przywołanego zadania pn.: Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogrobłowej - Długiej (od ul. Milenijnej*

do ul Władysława Jagiełły) - Etap I podetap IB oraz Etap II, Wykonawca Laubres Sp. z o.o. wykonywał jedynie roboty montażowe torowiska na wykonanych przez nas podbudowach".

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący nie realizował w ramach przywołanego zadania budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego w jednej z wymaganych w warunku udziału w postępowaniu konstrukcji, tj. technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej. W załączeniu do niniejszej odpowiedzi Zamawiający przedstawia korespondencję, o której mowa powyżej.

Dowód: korespondencja mailowa Pauliny Chmielewskiej do sekretariatu Pro-Tra Building z dnia 24.04.2023r. i korespondencja mailowa Zdzisława Fabiniaka do Pauliny Chmielewskiej z dnia 25.04.2023r.

Ponadto Zamawiający nie zaniechał weryfikacji zakresu zrealizowanych przez Odwołującego robót budowlanych na rzecz Zamawiającego reprezentowanego przez inną spółkę będącą jego własnością, tj. dnia 26.04.2023 r. Zamawiający zwrócił się do spółki Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. o weryfikację zakresu pełnionych funkcji, przez p. A. S. wskazanych w wykazie osób przez Odwołującego. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację, że Pan A. S.pełnił funkcję Kierownika robót drogowych w zadaniu: Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu - etap I, na zadaniu: Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej- Długiej (od ul. Milenijnej do Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz Etap II „ nie figuruje nazwisko Pana S. jako Kierownika Robót." W załączeniu do niniejszej odpowiedzi Zamawiający przedstawia przedmiotową korespondencję oraz wpisy z dziennika budowy:

Dowód: korespondencja mailowa Pauliny Chmielewskiej do Justyny Kleczewskiej - Strąg z dnia 26.04.2023r. i korespondencja mailowa Justyny Kleczewskiej - Strąg do Pauliny Chmielewskiej z dnia 27.04.2023r.

Powyższe dowodzi, że Zamawiający rzetelnie przeprowadził badanie podmiotowych środków dowodowych przedstawionych przez Odwołującego, nie zaniechał żadnemu z obowiązków oraz dochował należytej staranności w tej procedurze.

Zamawiający jeszcze raz podkreśla, że fakt powołania się przez Odwołującego, działającego w charakterze zgłoszonego podwykonawcy, na roboty budowlane wykonywane na rzecz Zamawiającego, pozwolił jednoznacznie i bez jakichkolwiek wątpliwości stwierdzić, że Odwołujący, w ramach zadania pn.: „Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) - Etap I podetap IB oraz Etap II", nie zrealizowa roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej. Odwołujący nie budował torowiska tramwajowego w wymaganej w warunku technologii, a jedynie wykonywał roboty budowlane polegające na montażu torowiska

tramwajowego. Odwołujący nie może przypisywać sobie doświadczenie należnego podmiotowi (PRO-TRA BUILDINC Sp. z o.o.), dla którego był podwykonawcą.

4. **W odpowiedzi na zarzut Odwołującego naruszenia art. 139 ust. 3 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy pzp** poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne dokonanie ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, kwalifikacji podmiotowej wykonawcy GM ROADS POLSKA sp. z o.o., a w konsekwencji wybór złożonej przez tego wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stosunku do oferty Odwołującego nie zaistniały przesłanki odrzucenia, oferta Odwołującego została uznana w pierwszej kolejności jako najkorzystniejsza, a sam Odwołujący spełnia warunki pozytywnej kwalifikacji podmiotowej.

Zamawiający podnosi, że powyższy zarzut jest nieuzasadniony.

Zamawiający zgodnie z argumentacją przedstawioną powyżej w odpowiedzi na zarzut nr 1 podtrzymuje, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zasadne było dokonanie przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonanie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, zgodnie z artykułem 139 ust.3 ustawy PZP, dokonał ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, w wyniku czego wezwał Wykonawcę GM Roads, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu dokonania kwalifikacji podmiotowej w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

5. **W odpowiedzi na zarzut Odwołującego naruszenia art. 239 ust. 2 Ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 Ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) Ustawy pzp,** poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybrana oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny **i** innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia,

Zamawiający podnosi, że powyższy zarzut jest nieuzasadniony.

Oferta Wykonawcy Laubres Sp. z o.o. została pierwotnie najwyżej oceniona, lecz z uwagi na to, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oferta tego wykonawcy została odrzucona. Po uzasadnionym odrzuceniu oferty Wykonawcy Laubres Sp. z o.o. najkorzystniejszą ofertą okazała się, po ponownym badaniu i oceny ofert pozostałych wykonawców, oferta Wykonawcy GM Roads Polska sp. z o.o.

6. W odpowiedzi na zarzut Odwołującego naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp,

poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne zatrzymanie wadium złożonego przez Odwołującego jako wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, co spowodowało brak możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stanie faktycznym sprawy nie zachodzą ustawowe przesłanki do zatrzymania wadium,

Zamawiający podnosi, że powyższy zarzut jest nieuzasadniony.

W odniesieniu do stawianego zarzutu, naruszenia art. 98 ust. 6 pkt pkt 1) ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione podjęcie przez Zamawiającego czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu Zamawiający informuje, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 nie złożył podmiotowych środków dowodowych w przewidzianym terminie z przyczyn leżących po jego stronie, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej i tym samym Zamawiający zobowiązany był do zatrzymania wadium.

Zgodnie z brzmieniem art.98 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o których mowa a art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Należy zauważyć, że powyższy przepis kreuje nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium w wypadku ziszczenia się przesłanek w nim wymienionych, o czym świadczy użycie w nim trybu oznajmującego „zatrzymuje wadium". Chodzi nie tylko o zachowanie dyscypliny finansowej zamawiającego. Mieć też należy na względzie, że zamawiający, organizując postępowanie w trybie Prawa zamówień publicznych, ponosi określone koszty organizacyjne, a nadto liczy się zawarcie najkorzystniejszej dla niego umowy. Instytucja zatrzymania wadium stanowi rodzaj zabezpieczenia na wypadek niemożności zrealizowania tego celu. Ma także -(...) charakter

prewencyjny, chroniący przed możliwością zmowy przetargowej, czego nie należy utożsamiać ze stwierdzeniem, że taka zmowa miała miejsce. Zatem dla zatrzymania wadium nie jest wymagane wykazanie przez zamawiającego jej istnienia, a jednocześnie deklarowana dobra wola wykonawcy nie jest wystarczającą przesłanką dla zwrotu wadium, jeśli ziściły się podstawy jego zatrzymania.(patrz: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 marca 2019 r, (sygn. akt I ACa 257/18).

W niniejszej sprawie Wykonawca Laubres sp. z o.o. nie złożył, z przyczyn leżących po jego stronie, wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zaistniała zatem przesłanka do zatrzymania wadium.

Sąd Najwyższy w uchwale z 22.6.2017 r. (sygn.akt: III CZP 27/17, publ: Legalis), stwierdził, że wadium podlega zatrzymaniu także wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył dokumenty lub oświadczenia, ale z ich treści nie wynikało potwierdzenie wymaganych okoliczności. W uzasadnieniu SN stwierdził, że przyjęcie, iż" *art. 46 ust. 4a PZP2004 (art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP) sankcjonuje tytko całkowitą bierność wykonawcy, nie zapewni realizacji ceiu zamierzonego przez ustawodawcę, tj. ograniczenia zmów przetargowych."*

Uwzględniając ww. uchwałę SN, która pozostaje nadal aktualna, należy przyjąć, że co do zasady dyspozycją przepisu art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP objęte są nie tylko przypadki bierności wykonawcy, ale także złożenie oświadczeń lub dokumentów niepotwierdzających okoliczności, na potwierdzenie których są składane, jak było w przedmiotowej sprawie.

Nie zasługuje na uwzględnienie twierdzenie Odwołującego, że wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 było nieprawidłowe, a co najmniej niezgodne z zasadą proporcjonalności. Według Odwołującego winien był w pierwszej kolejności być wezwany do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić. Zamawiający wskazuje w tym miejscu na argumentację przedstawioną w odpowiedzi na pierwszy zarzut, aby jej nie powielać.

Odwołujący zdaje się pomijać, że przepisy ustawy PZP nie zobowiązują zamawiającego w pierwszej kolejności do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Jeżeli Zamawiający, jak w niniejszej sprawie, otrzymał od Pro-Tra Building sp. z o.o. informację o zakresie robót zrealizowanych przez Odwołującego, to nie było jakiegokolwiek uzasadnienia do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Tym samym nie została naruszona zasada proporcjonalności.

Odwołujący podnosi również, że działał w dobrej wierze. Powołał się na problemy techniczne z infrastrukturą informatyczną wskazując przy tym, że w bardzo krótkim wyznaczonym terminie, przed zbliżającą się wyjątkową bardzo długą majówką podjął wszelkie starania w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Twierdzenia Odwołującego nie mają znaczenia wobec złożenia po terminie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Nie sposób też dostrzec w działaniu Odwołującego dobrej wiary, czyli błędnego ale usprawiedliwionego przekonania, że spełnia warunki zamówienia.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu**08.02.2023 r.** pod numerem **2023/S 028-080041.**

W dniu 15 maja 2023 r. wykonawca LAUBRES Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie**wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym zaniechania wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych, odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego** badania i oceny ofert wykonawców, wyboru jako najkorzystniejszej oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. oraz zatrzymania wniesionego przez Odwołującego wadium z odsetkami.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Ustawy pzp w zw. z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. jedn. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) (dalej: „k.c.") w zw. z art. 65[1] k.c. w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy pzp** poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości Odwołujący złożył w terminie podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;
2. **ewentualnie art. 128 ust. 4 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp,**
   poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych podmiotowych środków dowodowych z uwagi na powziętą wątpliwość co do tego, czy potwierdzają one spełnianie warunków udziału w Postępowaniu; oraz
3. **art. 128 ust. 5 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp,** poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do wykonawcy robót budowlanych o przedstawienie informacji na temat rodzaju robót budowlanych zrealizowanych przez Odwołującego jako podwykonawcę, ewentualnie zaniechanie weryfikacji informacji we

własnym zakresie, z uwagi na powziętą wątpliwość co do spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu; jak również

4. **art. 139 ust. 3 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy pzp** poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne dokonanie ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, kwalifikacji podmiotowej wykonawcy GM ROADS POLSKA sp. z o.o., a w konsekwencji wybór złożonej przez tego wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stosunku do oferty Odwołującego nie zaistniały przesłanki odrzucenia, oferta Odwołującego została uznana w pierwszej kolejności jako najkorzystniejsza, a sam Odwołujący spełnia warunki pozytywnej kwalifikacji podmiotowej;
5. **art. 239 ust. 2 Ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 Ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1) i Ustawy pzp,** poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybrana oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia;
6. **art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp,** poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne zatrzymanie wadium złożonego przez Odwołującego jako wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, co spowodowało brak możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stanie faktycznym sprawy nie zachodzą ustawowe przesłanki do zatrzymania wadium.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę LAUBRES Sp. z o.oz siedzibą we Wrocławiu, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca GM ROADS POLSKA Sp z o.o. z siedzibą w Cieślach, Cieśle 44, 56-400 Oleśnica.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca KZN RAIL Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Półłanki 25, 30-740 Kraków.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący GM ROADS POLSKA Sp. z o.oz siedzibą w Cieślach pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. (pismo z dnia 22 maja 2023 r.) wnosił o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, nr 2 i nr 3, a w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania jako zupełnie bezzasadnego. W przypadku, gdyby zarzuty nr 1 -3 z odwołania nie podlegały odrzuceniu, wnosił także o oddalenie tych zarzutów.

Przystępujący KZN RAIL Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowiepismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2023 r. (pismo z dnia 24 maja 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z **art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy PZP**, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:
1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.
2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy PZP, Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w , lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków

udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy PZP, Jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w , potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1) ustawy PZP, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w , występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w lub , z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub , oświadczenia, o którym mowa w , innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w , co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 65 § 1 KC, Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zgodnie z art. 65^1 KC**,** Przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń.

II.KIO 1396/23:

W dniu 18 maja 2023 r. wykonawca **KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** wniósł odwołanie zarzucając naruszenie przepisów przez Zamawiającego:

1) **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b wzw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GMR pomimo niespełnienia przez GMR warunków udziału w Postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Pkt. 11.1 Ppkt 4) lit a) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023, dotyczącego wykonania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;
- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;

* zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

2) **art 226 ust. 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP 1 w zw. 226 ust.1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP** poprzez prowadzenie postępowania przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w taki sposób, że Zamawiający nie stosował zapisów SWZ jednakowo do wszystkich wykonawców i nie kierował się przy prowadzeniu postępowania literalnymi zapisami specyfikacji, którą sam sporządził;

3) **art. 204 ust. 1 PZP poprzez** dokonanie wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu w oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty, która przedstawiała najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 - 3 zarzucam naruszenie tj.:

4) **art. 128 ust 1 i 4 PZP. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP** poprzez zaniechanie skierowania do GMR wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego w Rozdz. 11.1 pkt 4) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023 pomimo obowiązku wezwania do uzupełnienia, które obligatoryjnie powinno poprzedzić czynność wyboru oferty GMR.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosił o:

I. rozpoznanie i uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,

II. nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy GMR;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu i w jego wyniku:

- odrzucenia oferty złożonej przez GMR
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie, tj. na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań

3) wezwania GMR do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów:
- Protokół nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 r.
- Protokół nr TR.243-102/04/2021 z dnia 11.01.2022 r
- Protokół nr TR.243-163/02/2020 z dnia 28.1220 r.
- Protokół odbioru końcowego z dnia 11.03.2021 r.
- Protokół nr TR.243-163/03/2020 z dnia 30.04.2021 r.
- Referencji z dnia 28.04.2023 r.,

na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej zawodowej określonych w Rozdz. 11.1 pkt 4) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023

Odwołujący wskazał, że:

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem, którego jest wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji torowiska wraz z siecią trakcyjną w ul. Legnickiej od ul. Zachodniej do ul. Niedźwiedziej na warunkach określonych w umowie oraz zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu wpłynęło 8 ofert, gdzie została m.in. złożona oferta przez GMR i oferta Odwołującego, która jest zgodna z postanowieniami SWZ. Odwołujący nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2. W dniu 08 maja 2023 r. Zamawiający za pośrednictwem platformy przetargowej https://mpkwroclaw.logintrade.net/ (zwanej dalej: „Platformą") wskazanej w SWZ jako sposób komunikacji z Zamawiającym i Wykonawcami, przesłał do wszystkich wykonawców uczestniczących postępowaniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty - pismo z dnia 8.05.2023 nr KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 35/2023. W zawiadomieniu wskazał, że *„Oferta wybranego Wykonawcy spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w ustawie Prawo Zamówień publicznych i jest najkorzystniejsza w oparciu o zastosowane kryteria oceny ofert określone w SWZ (oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów)"*

3. Jak zostanie wykazane w dalszej części pisma, Zamawiający dokonując wyboru Wykonawcy zaniechał dokładnego zbadania oferty GMR oraz nie dopełnił ciążących na nim obowiązków wynikających z PZP. Bowiem, jak zostanie wykazane, w ocenie Odwołującego oferta GMR nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonego przez Zamawiającego w SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania zdolności technicznej lub zawodowej. Ponadto Odwołujący zarzuca brak zawezwania GMR przez Zamawiającego do odpowiednio złożenia, poprawienia, uzupełnienia, wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych odpowiednio w dniu 05.05.2023 r. i w dniu 08.05.2023 r. przez GMR w wyniku wezwania do ich przedłożenia za pismem nr KU.241/pn12_2023/MB I dz. 32/2023 tj.:

1. Protokół nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 r.
2. Protokół nr TR.243-102/04/2021 z dnia 11.01.2022 r
3. Protokół nr TR.243-163/02/2020 z dnia 28.1220 r.
4. Protokół odbioru końcowego z dnia 11.03.2021 r.
5. Protokół nr TR.243-163/03/2020 z dnia 30.04.2021 r.
6. Referencji z dnia 28.04.2023 r.,

na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW

II. Uzasadnienie dot. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 57 pkt 3PZP

4. Jak wynika z treści art. 57 PrZamPubl, w ustawie zostały przewidziane dwie grupy okoliczności warunkujących dopuszczenie wykonawcy do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pierwszą grupą są okoliczności, których zaistnienie w stosunku do wykonawcy powoduje konieczność wykluczenia go z postępowania (tzw. podstawy wykluczenia wskazane w art. 108 i 109 PrZamPubl), Drugą grupą, której dotyczy komentowany przepis, są warunki udziału w postępowaniu określone w art. 112 PZP, a zatem okoliczności związane z posiadanymi przez wykonawcę zdolnościami pozwalającymi mu na należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca, aby mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia, musi wykazać, że posiada zdolności do wykonania zamówienia co najmniej na poziomie określonym przez Zamawiającego.

5. W odniesieniu do Postępowania Zamawiający w pkt. 11.1 Ppkt 4) lit a) tiret drugi SWZ zmienionym 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia U.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023, wskazał, jakie zdolności

techniczne lub zawodowe (warunki udziału w postępowaniu) muszą spełniać wykonawcy, aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia, tj.:

6. W toku prowadzonego Postępowania, ze względu na fakt, że oferta GMR została przez Zamawiającego najwyżej oceniona, wykonawca został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia przez GMR warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 11.1 SWZ.

7. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, o których mowa powyżej GMR wskazał następujące zadania, które zdaniem Odwołującego nie spełniają wymogów wskazanych w SWZ, które warunkowały udział w Postępowaniu.

8. Dla spełnienia wymogów określonych w Pkt. 11.1 ppkt 4 a) dot. zrealizowania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy:

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej.

GMR w dniu 05.05.2023 r. w poz. 1 w załączniku nr 8 wskazał następujące zadanie:

załączając dowody potwierdzające, że wykazane roboty budowlane zostały wykonane należycie w postaci:

1. Protokół nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 r.
2. Protokół nr TR.243-102/04/2021 z dnia 11.01.2022 r.

9. Następnie w dniu 08.05.2023 r. jak sam GMR w treści pisma wskazał *„w uzupełnieniu do złożonych podmiotowych środków dowodowych”* i „*z daleko posuniętej* ostrożności”, wykonawca przedłożył uzupełniony o dodatkowe informacje Wykaz wykonywanych robót (poz. 3 -zał. 8 do SWZ)

załączając dowody potwierdzające, że wykazane roboty budowlane zostały wykonane należycie w postaci referencji wystawionych przez PRO- TRA BUILDING Sp. z o.o. w dniu 28.04.2023 r.

10. Natomiast dla spełnienia wymogów określonych w Pkt. 11.1 ppkt 4 a) dot. zrealizowania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy:

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej GMR w dniu 05.05.2023 r. w poz. 2 załączniku nr 8 wskazał następujące zadanie:

załączając dowody potwierdzające, że wykazane roboty budowlane zostały wykonane należycie w postaci:

I. Protokół nr TR.243-163/02/2020 z dnia 28.1220 r.
II. Protokół odbioru końcowego z dnia 11.03.2021 r.
III. Protokół nr TR.243-163/03/2020 z dnia 30.04.2021 r.

11. W ocenie Odwołującego podmiotowe środki dowodowe przedłożone przez GMR nie pozwalają na potwierdzenie, że GMR spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej zawodowe, określonych w Pkt. 11.1 Ppkt 4) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB I.dz. 9/2023 oraz nie pozwalają na uznanie, że GMR złożyło w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu z następujących względów.

12. W odniesieniu do zadania wskazanego w poz. 3 załącznika nr 8 złożonego przez GMR w dniu 08.08.2023 r. które zostało, jak wspomniał powyżej Odwołujący, złożone przez GMR jak sam stwierdził „z daleko posuniętej ostrożności” jak zadanie dodatkowe dla wykazania spełnienia wymogu posiadania doświadczenia w zrealizowaniu co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie*

* zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane

w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej.

13. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę, że takie postępowanie GMR świadczy o tym, że sam wykonawca powziął wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu powołując się na doświadczenie wskazane w ramach zadania przywołanego w poz. 1 załącznika nr 8.

14. Wracając jednak do zadania wskazanego w **poz. 3 załącznika nr 8**, w ocenie Odwołującego nie spełnia ono wymagań określonych przez Zamawiającego z uwagi, iż robota została zrealizowana i zakończona po terminie składania ofert, tj. po 23.03.2023 r., gdzie zgodnie z treścią pkt 11 ppkt 4) lit a Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że robota została zrealizowana w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert. Dla udowodnienia powyższej okoliczności, poniżej Odwołujący wskazuje fragment z referencji wystawionych przez PRO- TRA BUILDING Sp. z o.o. na rzecz GMR:

15. W odniesieniu do zadania wskazanego w **poz. 2 załącznika nr 8** złożonego przez GMR w dniu 05.08.2023r dla spełnienia wymogu zrealizowania co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej **na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej**

* zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, gdzie wskazano, że rzekomo realizacja zadania obejmowała roboty polegające na przebudowie sieci trakcyjnej o długości ponad 500 mtp,

które to **w ocenie Odwołującego również nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego wskazanych w SWZ.**

16. Powyższe konkluzje Odwołujący wysnuł po przeprowadzeniu analizy dokumentacji przetargowej dot. powołanego przez GMR zadania. Mianowicie treść materiałów przetargowych a dokładnie z Programu Funkcjonalno - Użytkowego wskazuje:

17. 1), że zakres związany z siecią trakcyjną odpowiada remontowi, tj. Inwestycja miała na celu przywrócenie stanu technicznego do pierwotnego

Dowód nr 1: PFU (str. 7) – Opis przedmiotu zamówienia dla zadania z poz. 2 zał. nr 8 znajdujący się na stronie: https://mpkwroclaw.logintrade.net/zapytania_email,18240,fea427597536f3e21482196d31927037.html

18. 2) zakres remontu sieci trakcyjnej zgodnie z załącznikiem graficznym nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia

Dowód 2: załącznik graficzny nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia*dla zadania z poz. 2 zał. nr 8 znajdujący się na stronie:*

https://mpkwroclaw.logintrade.net/zapytania_email,18240,fea427597536f3e21482196d31927037.html;

19. 3) w pkt 1.1.2. Branża sieciowa PFU (str. 8) wskazano, że:

*Dowód 1: PFU*pkt 1.1.2. Branża sieciowa P*znajdujący się na stronie: h*ttps://mpk-wroclaw.logintrade.net/zapytania_email,18240,fea427597536f3e21482196d31927037.html

20. 5) w WWiORB - Część 00.04 – Wymagania szczegółowe dla sieci trakcyjnej (str. 4) wskazano:

Dowód nr 3: WWiORB - Część 00.04 – Wymagania szczegółowe dla sieci trakcyjnej *znajdujący się na stronie: h*ttps://mpkwroclaw.logintrade.net/zapytania_email,18240,fea427597536f3e21482196d31927037.html

21. 6) W protokole odbioru nr TR.243-163/02/2020 odbioru końcowego - branża torowa, elektryczna z dn. 28.12.2020 r., który GMR przedłożył Zamawiającemu celem udowodnienia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu wskazano:

22. 7) Projekt Wykonawczy branży: sieci trakcyjne, zasilanie, sterowanie i ogrzewanie zwrotnic wskazują, że:

Dowód nr 4: Projekt Wykonawczy branży sieć trakcyjna data opracowania 04.08.2020 r.

23. 8) Zgodnie z udzielonymi odpowiedziami przez Zamawiającego w ramach prowadzenia postępowania przetargowego dot. zadania wskazanego w poz. 3 zał. nr 8 zakres robót branży sieci trakcyjnej nie wskazuje na przebudowę, tylko na remont, z uwagi na potrzebę wymiany zużytych elementów. Co więcej zakres zadania nie obejmował również wymiany słupów trakcyjnych wraz z fundamentami, a obejmował jedynie ich oczyszczenie i odmalowanie. Na dowód powyższego poniże Odwołujący przytacza treść pytań i odpowiedzi Zamawiającego udzielonych w przedmiotowym postępowaniu:

Dowód nr 5: Pytania i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 17.04.2020 r. znajdujący się na stronie: https://mpkwroclaw.logintrade.net/zapytania_email,18240,fea427597536f3e21482196d31927037.html

24. 9) z załącznika nr 1.1. do Formularza Ofertowego Oferty złożonej przez GMR w postępowaniu dot. realizacji zadania wskazanego w poz. nr 2 Załącznika nr 8 wynika, że przedmiotem wyceny robót w poz. 2.3.2 był remont słupów trakcyjnych. Na dowód powyższego Odwołujący poniżej wskazuje wycinek z załącznika nr 1.1. do Formularza Ofertowego Oferty:

Dowód nr 6*:* załącznik nr 1.1. do Formularza Ofertowego Oferty złożonej przez GMR w postępowaniu dot. realizacji zadania wskazanego w poz. nr 2 Załącznika nr 8

25. W odniesieniu do wymogów stawianych przez Zamawiającego warunkujących możliwość złożenia oferty w Pkt. 11.1 Ppkt 4) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. w pierwszej kolejności Odwołujący chciałby zwrócić uwagę, że w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U. 89 poz. 414 z późn. zm) (dalej: PrBud), która została przywołana przez samego Zamawiającego zgodnie z którą wykonawca składający ofertę ma posiadać doświadczenie w budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej o długości ponad 500 mtp, przez pojęcie:

- ***budowy*** *zamieszczonej w § 3 ust.1 pkt 6 PrBud - należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;*
- ***przebudowy*** *zamieszczonej w § 3 ust.1 pkt 7 a) PrBud - należy rozumieć „wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego"*

26. Natomiast pod definicją **remontu** w § 3 ust.1 pkt 8) PrBud rozumie się *wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających* ***na odtworzeniu stanu pierwotnego****, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.*

27. Idąc dalej, ze względu na okoliczność, że PrBud nie definiuje pojęcia konserwacji Odwołujący dla uniknięcia wątpliwości co do kwalifikacji charakteru robót zrealizowanych w ramach zadania wskazanego w poz.2 załącznika nr 8 w braku definicji ustawowej, Odwołujący posiłkując się orzeczeniem (WSA w Bydgoszczy z 25.02.2020 r., II SA/Bd 941/19, LEX nr 2973873) wskazuje, że: *„Przez pojęcie bieżącej konserwacji należy rozumieć wykonanie w istniejącym obiekcie*

budowlanym robót nie polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, ale mających na celu utrzymanie obiektu budowlanego w dobrym stanie, w celu jego zabezpieczenia przed szybkim zużyciem się, czy też zniszczeniem i dla utrzymania go w celu użytkowania w stanie zgodnym z przeznaczeniem tegoż obiektu. Tak więc ***bieżącą konserwacją będą prace budowlane wykonywane na bieżąco w węższym zakresie niż roboty budowlane określone jako remont****."*

28. Natomiast zgodnie z treścią Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2021 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w komunikacji miejskiej oraz autobusowej komunikacji międzymiastowej przez pojęcie **sieci trakcyjnej** należy rozumieć ***napowietrzne, górne, elektryczne przewody jezdne linii tramwajowej lub trolejbusowej wraz z urządzeniami konstrukcyjnymi, służącymi do ich zawieszenia i mocowania***

29. Zestawiając powyższe z przywołanymi wyżej przez Odwołującego zapisami dokumentacji postępowania dot. warunków realizacji zadania, na które powołał się GMR w poz. 2 załącznika nr 8 dla udowodnienia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania zdolności techniczno - zawodowej należy stwierdzić, że oferta GMR złożona w Postępowaniu powinna zostać odrzucona jako nie spełniająca przywołanych wyżej wymogów wskazanych SWZ warunkujących możliwość złożenia oferty. Należy bowiem zwrócić uwagę, że budowa lub przebudowa sieci trakcyjnej nie sprowadza się jedynie do wymiany przewodu jezdnego czy oczyszczenia i malowania słupów trakcyjnych co miało miejsce w przypadku realizacji przez GMR zadania wskazanego w poz. 2 załącznika nr 8, lecz **aby można było mówić o przebudowie sieci trakcyjnej w jej zakres muszą wchodzić również roboty związane z przebudową urządzeń konstrukcyjnych, służących do ich zawieszenia i mocowania,** gdzie takie roboty nie zostały uwzględnione w PFU jak również w Projekcie Wykonawczym .

30. W odniesieniu do zadania wskazanego w **poz.1 załącznika nr 8** złożonego przez GMR w dniu 05.08.2023r, dla spełnienia wymogu zrealizowania co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie*

* zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej **w ocenie Odwołującego nie spełnia ono wymagań określonych przez Zamawiającego wskazanych w SWZ.**

31. Powyższe konkluzje Odwołujący wysnuł po przeprowadzeniu analizy dokumentacji przetargowej dot. powołanego przez GMR zadania. Mianowicie treść materiałów przetargowych a dokładnie z Programu Funkcjonalno - Użytkowego wskazuje, że zakres prac związanych z torowiskiem tramwajowym do wykonania w ramach odnośnego zadania wskazuje na:

32. 1) realizację remontu, bowiem jak określono w PFU:

Dowód nr 7: PFU – Opis ogólny przedmiotu zamówienia dla zadania z poz. 1 zał. nr 8 (str. 4) zamieszczony na stronie: https://mpkwroclaw.logintrade.net/zapytania_email,39844,d41c7d50c453ee0a9ff01fb7b1cd42d4.html

33. 2) Zakres robót branży torowej polega na wymianie istniejącej nawierzchni, bez poprawy parametrów użytkowych

Dowód nr 7: str. 5 pkt PFU – Opis ogólny przedmiotu zamówienia dla zadania z poz. 1 zał. nr 8 zamieszczony na stronie: https://mpkwroclaw.logintrade.net/zapytania_email,39844,d41c7d50c453ee0a9ff01fb7b1cd42d4.html

Zestawiając powyższe z przywołanymi wyżej przez Odwołującego zapisami dokumentacji postępowania dot. warunków realizacji zadania, na które powołał się GMR w poz. 1 załącznika nr 8 dla udowodnienia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania zdolności techniczno - zawodowej należy stwierdzić, że oferta GMR złożona w Postępowaniu powinna zostać odrzucona jako nie spełniająca przywołanych wyżej wymogów wskazanych SWZ warunkujących możliwość złożenia oferty. Należy bowiem zwrócić uwagę, że zakres robót zrealizowanych przez GMR w ramach zadania wskazanego w poz. nr 1 załącznika nr 8, nie mieści się w zakresie definicji ustawowych budowy i przebudowy, które Odwołujący wskazał powyżej w treści Odwołania. W ramach przywołanego zadania wykonawca miał do zrealizowania roboty mające na celu jedynie przywrócenie stanu technicznego do pierwotnego a nie polepszenie parametrów użytkowych lub technicznych inwestycji.

III. Uzasadnienie dot. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) PZP w zw. z art 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z 1 w zw. 226 ust.1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4

34. Z przepisu art. 16 pkt.1 PZP wynikają dwie fundamentalne zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielanie zamówienia. Przywołany wyżej przepis adresowany jest do zamawiających jako organizatorów postępowań o udzielenie zamówień oraz konkursów. Nakazuje im przygotowywać i przeprowadzać postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także przejrzysty i proporcjonalny.

35. Te cztery normy prawne (zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, proporcjonalność, przejrzystość) mają odmienne znaczenie, ale są ze sobą ściśle powiązane i dopiero łącznie tworzą całość oddającą zamierzony cel. Przy tym równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania. Zamawiający zobowiązany jest do respektowania omawianych zasad na każdym etapie

postępowania (w szczególności dokonując oceny spełniania warunków podmiotowych, selekcji wykonawców, podejmując decyzję o ich wykluczeniu z udziału w postępowaniu, badając prawidłowość złożonych ofert w tym ustalając, czy nie zachodzą przesłanki skutkujące ich odrzuceniem oraz dokonując ich oceny).
36. Poszanowanie zasad udzielania zamówień publicznych ma kluczowe znaczenie dla zapewnienie racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych. Obowiązek ich przestrzegania na gruncie prawa krajowego państw członkowskich wywodzi się z zasad wyrażonych w TFUE, do których odwołują się dyrektywy unijne (dyrektywa 2014/25/UE, 2014/24/UE i 2009/81/WE).
37. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się także, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. wyr. TSUE: z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 24.5.2016 r. w sprawie C-396/14, MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark, EU:C:2016:347; z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731).
38. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.
39. Przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyraża się także w obowiązku dokonania rzetelnej i zgodnej z przyjętymi w postępowaniu regułami oceny sytuacji podmiotowej wykonawców, a także badania i oceny wniosków lub ofert. Na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawców zasady te nakazują odrzucenie nieprawidłowych wniosków lub ofert w przypadkach przewidzianych w przepisach i art. 226 ust. 1 PZP).
40. W nawiązaniu do powyższego Ustawa - Prawo zamówień publicznych stanowi narzędzie do dokonywania zakupów przez podmioty obowiązane do stosowania przepisów tej ustawy, których to zakupów sektor publiczny dokonuje na tzw. „wolnym rynku", który to rynek z kolei jest chroniony m.in. przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe wynika z przepisów Prawa zamówień publicznych, aktualnie jej art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, a w których to przepisach został sformułowany nakaz odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji. Zatem zamawiający ma obowiązek respektować przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienie publiczne.
41. Istotne jest przy tym, że przepisy ZNKU, określając, jakie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie zawierają ich zamkniętego katalogu. Zgodnie bowiem z klauzulą generalną, wyrażoną w art. 3 ust.1 ZNKU,
czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
42. Przekładając powyższe rozważania na grunt Postępowania w ramach, którego Odwołujący składa niniejsze Odwołanie, gdzie zgodnie z Rozdz. 11.1 pkt 4) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023 Zamawiający wskazał wymogi jaki winni spełnić warunki wykonawcy biorący udział w postępowaniu, doszło do uchybienia przez Zamawiającego w obowiązku równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu, gdyż pomimo, że oferta złożona przez GMR nie spełnia spełnienia warunków udziału, co zostało wykazane przez Odwołującego w Cz. II Odwołania dot. Uzasadnienia zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza.
43. Takie działanie Zamawiającego zdaniem Odwołującego świadczy o braku respektowania zasady wyrażonej w art. 16 pkt 1) PZP w zakresie równego traktowania wykonawców, które jednocześnie narusza interes innego przedsiębiorcy, tj. Odwołującego, który jak wskazano w uzasadnieniu interesu prawnego do wniesienia, gdzie na skutek niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w petitum odwołania i wynikających z jego uzasadnienia w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez spółkę KZNR, która polegać będzie na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia.

IV. Uzasadnienie dot. zarzutu naruszenia art. 128 ust 1 PZP. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP;

44. W art. 128 PrZamPubl uregulowano procedurę żądania od wykonawcy dokumentów wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia.

45. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny w określonych okolicznościach zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń. Pojęcie uzupełnienia należy rozumieć szeroko – nie tylko zgodnie z definicją słownikową jako stanie się dopełnieniem czegoś, uczynienie kompletnym przez dodanie tego, czego brakuje. Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości usunięcia braków lub uchybień w złożonych na wezwanie zamawiającego oświadczeniach i dokumentach, tak aby wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia nie był eliminowany z postępowania jedynie ze względów formalnych, nie zaś merytorycznych.
46. Uzupełnianie dokumentów dotyczy oświadczeń składanych jako tymczasowe potwierdzenie spełniania warunków, kryteriów selekcji i braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., a więc m.in. jednolitego dokumentu oraz podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 126 ust. 1 p.z.p. Poza tymi dwiema grupami dokumentów do zakresu przedmiotowego uzupełnienia włączono również „inne oświadczenia i dokumenty". Zasady interpretacji nakazują rozumieć przez to pojęcie dokumenty inne niż wskazane w art. 125 ust. 1 i art. 126 ust. 1 p.z.p.
47. W sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich uzupełnienia, w szczególności uzupełnienia zobowiązań wskazujących zakres i sposób udziału podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenie w realizacji zamówienia lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, których złożenie dopuszczone zostało dokumentacji SWZ.
W tym zakresie zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 PrZamPubl (uchw. KIO z 12.12.2013 r., KIO/KD 108/13, Legalis).
48. W tym miejscu koniecznym jest również wskazanie, że *w jed*nym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 20 września 2021 r. sygn. akt KIO 2263/21 stwierdziła, że *„Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji, gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz robót budowlanych, wykaz usług, referencje itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.*
Z powyższego jasno wynika, że Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia brakujących dokumentów, a także uzupełnienia lub poprawienia dokumentów złożonych fizycznie, lecz nieodpowiadających wymaganiom określonym przez zamawiającego zarówno co do treści, jak i formy.
Warto w tym miejscu zwrócić również uwagę, jakie dane powinny potwierdzać podmiotowe środki składane w niniejszym postępowaniu. Dane te są pochodną warunku postawionego przez Zamawiającego. Zgodnie z jego treścią wymagane doświadczenie wykonawcy biorącego udział w Postępowaniu miało obejmować:
- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej
- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej.
Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, jak Odwołujący wskazał w Cz. II Odwołania, z racji, że w ocenie Odwołującego z treści dokumentów przedłożonych przez GMR w postaci:
- Protokół nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 r.
- Protokół nr TR.243-102/04/2021 z dnia 11.01.2022 r
- Protokół nr TR.243-163/02/2020 z dnia 28.1220 r.
- Protokół odbioru końcowego z dnia 11.03.2021 r.
- Protokół nr TR.243-163/03/2020 z dnia 30.04.2021 r.
- Referencji z dnia 28.04.2023 r.,
nie wynika wykonanie robót o cechach przedmiotowych objętych warunkiem udziału w postępowaniu w związku z czym w ocenie Odwołującego przedłożone przez GMR dowody**nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.**
Z tych względów, w ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany był wezwać GMR do odpowiednio złożenia, poprawienia, uzupełnienia, wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych odpowiednio w dniu 05.05.2023

r. i w dniu 08.05.2023 r. przez GMR w wyniku wezwania do ich przedłożenia za pismem nr KU.241/pn12_2023/MB I dz. 32/2023, czemu Zamawiający uchybił.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2023 r. (pismo z dnia 25 maja 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

1)W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b wzw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GMR pomimo niespełnienia przez GMR warunków udziału w Postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Pkt. 11.1 Ppkt 4) lit a) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB I.dz. 9/2023, dotyczącego wykonania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;

* zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane,

Zamawiający podnosi, że zarzut jest nieuzasadniony.

Zamawiający informuje, że Wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą Cieśle 44, 56-400 Oleśnica spełni warunki udziału w postępowaniu pn.: „Modernizada torowiska wraz z siecią trakcyjna w ul. Legnickiej od ul. Zachodniej do ul. Niedźwiedziej" (sygn. postępowania: KU.241/pn13 2023/MB) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określone w pkt.11.1, ppkt 4, lit, a) SWZ o następującej treści: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;

*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane".

Podstawę dokonania pozytywnej oceny przedstawionych przez Wykonawcę GM ROADS POLSKA Sp. z o.o podmiotowych środków dowodowych, stanowiły: oświadczenie Wykonawcy z dnia 05.05.2023r., dokumenty dołączone przez Wykonawcę do wykazów wykonanych robót budowlanych, przepisy ustawy - Prawo budowlane, stan faktyczny znany Zamawiającemu, a dotyczący realizacji na rzecz Zamawiającego zadań przywołanych przez Wykonawcę w pow. wykazach.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. złożył w dniu 05.05.2023 r. m.in. Wykaz wykonywanych robót budowlanych, w którym wykazał co następuje:

Lp.	**Charakterystyka/ Rodzaj wykonanych robót budowlanych**	**Data wykonywania**	**Odbiorca (nazwa, adres, telefon)**	**Doświadczenie własne Wykonawcy/ Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów ***
1.	W ramach zadania pn.: „Remont torowiska tramwajowego wzdłuż Al. Gen. J. Hallera, na odcinku od ul. Mieleckiej do ul. Powstańców Śląskich we Wrocławiu" wykonano m.in. roboty polegające na przebudowie torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej o długości ponad 1000 mtp	od 25.09.202ir. do 17.12.202ir.	Gmina Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. ul. B. Prusa 75-79 50-316 Wrocław 71325 0805	Doświadczenie własne

2.	W ramach zadania pn.: „Remont węzła tramwajowego wraz z wymianą przewodu jezdnego na skrzyżowaniu ulic J. Piłsudskiego - H. Kołłątaja - Peronowej we Wrocławiu" wykonano m.in. roboty polegające na przebudowie sieci trakcyjnej o długości ponad 500 mtp	od 07.n.2020r. do 28.12.2020r.	Gmina Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. ul. B, Prusa 75-79 50-316 Wrocław 713250805	Doświadczenie własne

Do powyższego wykazu Wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o. o. dołączył, następujące dowody potwierdzające, że wykazane roboty budowlane zostały wykonane należycie:

1)Protokół nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 r.

2)Protokół nr TR.243-102/04/2021 z dnia 11.01.2022 r.

3)Protokół nr TR.243-163/02/2020 z dnia 28.12.2020 r.

4)Protokół odbioru końcowego z dnia 11.03.2021 r.

5)Protokół nr TR.243-163/03/2020 z dnia 30.04.2021 r.

Odwołujący zarzuca, że powyższe oświadczenia i dokumenty nie stanowią o złożeniu przez GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zauważając, że Wykonawca sam powziął wątpliwości dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz że w poz. 3 zał. Nr 8 złożonego w dniu 08.05.2023r. wykazał roboty zakończone po terminie składania ofert. Powyższe spostrzeżenia Odwołującego nie mają znaczenia, bowiem Zamawiający nie wziął pod uwagę informacji o robotach wymienionych w powyższym wykazie z dnia 08.05.2023r., jako że Wykonawca wykazał już w oświadczeniu z dnia 05.05.2023r. spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a ponadto dotyczą wykonania robót po upływie terminu składania ofert.

Natomiast wykaz wykonanych robót budowlanych złożony przez Wykonawcę GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. w dniu 05.05.2023r. miał znaczenie dla dokonania przez Zamawiającego oceny spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określony w pkt.11.1, ppkt 4, lit. a) SWZ i ocena ta jest pozytywna. Zamawiający informuje, że wszystkie informacje objęte warunkiem udziału w postępowaniu wynikają z powyższego Wykazu wykonywanych robót budowlanych, tj. z oświadczenia Wykonawcy. Ponadto oświadczenie to Zamawiający był w stanie szczegółowo zweryfikować i potwierdzić dokumentami źródłowymi, które są w jego posiadaniu, ponieważ wykazane zadania zostały zrealizowane na rzecz Zamawiającego.

Główny zarzut Odwołującego odnosi się do niespełnienia przez wybranego Wykonawcę opisanych wyżej warunków udziału w postępowaniu, albowiem w ocenie Odwołującego, Wykonawca wykazał się robotami budowlanymi polegającymi na remoncie. Na tę okoliczność Odwołujący powołuje treść dokumentacji przetargowych dotyczących realizacji zadań wykazanych przez Wykonawcę w oświadczeniu dotyczącym podmiotowych środków dowodowych wskazując, że zakres prac Wykonawcy związany z siecią trakcyjną i torami odpowiada remontowi a nie przebudowie.

Zamawiający wskazuje, że o kwalifikacji robót nie decyduje ani nazwa nadana inwestycji przez inwestora lecz rzeczywisty zakres robót. Dopiero przeanalizowanie tego zakresu i odniesienie go do definicji ustawowych pozwala na stwierdzenie, czy dane roboty były tylko remontem czy już przebudową (tak też: stanowisko KIO z wyroku z dnia 11 kwietnia 2017 r. (KIO 598/17). Istotny jest bowiem efekt, bez względu na używanie w dokumentach słowa „remont" a nie „przebudowa".

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego niespełnienia przez Wykonawcę warunku zrealizowania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej, Zamawiający wskazuje:

Twierdzenia Odwołującego odwołujące się do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, a więc dokumentu dotyczącego etapu przed realizacją zamówienia, nie są wystarczające do uznania, że Wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o. o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Do prawidłowej oceny warunków istotna jest wiedza i dowody dotyczące faktycznie wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych.

Wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o. o. spełnił powyższy warunek, bowiem wykazał, że wykonał roboty budowlane wskazane w lp.2 Wykazu wykonywanych robót budowlanych z dnia 05.05.2023r., tj.: W ramach zadania pn.: „Remont węzła tramwajowego wraz z wymianą przewodu jezdnego na skrzyżowaniu ulic J. Piłsudskiego - H. Kołłątaja - Peronowej we Wrocławiu" wykonano m.in. roboty polegające na przebudowie sieci trakcyjnej o długości ponad 500 mtp".

Zamierzenie budowlane „Remont torowiska tramwajowego wraz z wymianą przewodu jezdnego na skrzyżowaniu ulic Józefa Piłsudskiego - Hugona Kołłątaja - Peronowej we Wrocławiu" w zakresie sieci trakcyjnej należy zakwalifikować jako

przebudowę, w rozumieniu art. 3 pkt 7a) ustawy Prawo budowlane, przy uwzględnieniu ostatecznego zakresu robót jakie zostały wykonane.

Na etapie realizacji przedmiotowego zamierzenia budowlanego zaistniała bowiem potrzeba dokonania zmian projektowych oraz konieczność wykonania robót dodatkowych celem realizacji zadania zgodnie ze sztuką budowlaną i koniecznością dostosowania do przebudowanego układu torowego.

Zwiększony zakres prac projektowych i wykonawczych podyktowany był właściwą realizacją zadania zgodnie ze sztuką budowlaną i koniecznością dostosowania do przebudowanego układu torowego.

Pierwotnie planowane roboty budowlane zostały rozszerzone i uzupełnione o:

•budowę nowej ochrony przepięciowej na sieci - pkt 2.2.3 Ochrona przeciwporażeniowa i przepięciowa projektu wykonawczego branża sieci trakcyjne, zasilanie i ogrzewanie zwrotnic,

•zmianę lokalizacji izolatora sekcyjnego i wynikająca z tego zmiana układu konstrukcji nośnych - rysunek do projektu wykonawczego nr PW-PZT-101, pokazujący lokalizację nowego miejsca Izolatora Sekcyjnego IS 106,

•wbudowanie dodatkowych wieszaków sieci łańcuchowej - str. 18 Projektu wykonawczego - pkt 5 Tabela nr 1 - materiały podstawowe l.p. 2. w tabeli, szczegóły montażu wieszaków na rysunkach PW-DET-309 i 313,

•montaż zasilania skrzynek bezpiecznikowych - str. 18 Projektu wykonawczego - pkt 5 Tabela nr 1 - materiały podstawowe l.p. 5. w tabeli, oraz rysunek do projektu wykonawczego nr PW-SCH- 200 - lewy górny róg,

•przebudowę mostków sieci górnej i powrotnej - str. 11 Projektu wykonawczego, pkt 2.2.2. Połączenia elektryczne sieci górnej - miejsce wykonania mostków pokazano na rysunku PW-PZT- 101, a szczegóły montażu mostków na rysunkach PW-DET-310-312.

Dowód:

1.Projekt wykonawczy branża: sieci trakcyjne, zasilanie i ogrzewanie zwrotnic,
2.rysunek do projektu wykonawczego nr PW-PZT-101,
3.rysunek do projektu wykonawczego nr PW-SCH-200,
4.rysunki do projektu wykonawczego PW-DET-309—313.

Dodatkowo na polecenie Inspektora Nadzoru, z uwagi na stan techniczny sieci trakcyjnej i konieczność zapewnienia właściwych parametrów technicznych, przebudowano przewieszkę podwójną sieci łańcuchowej i pojedyncze przewieszki sieci trakcyjnej przy hotelu GRAND i SOPHIA.

Dowód:

1.pismo Wykonawcy GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. z dnia 14.12.2020r. wraz z kosztorysem ofertowym - Siec trakcyjna tramwajowa Wymiana konstrukcji nośnych Hotel Grand, Hotel Sofia, Lokalizacja konstrukcji nośnych, zaznaczona jest na rysunku PW-PZT-101 gruba czerwoną linią.
2.Pismo MPK sp. z o.o. do GM ROADS SP. z o.o. z dnia 12.01.2021 r.,
3.Protokół nr TR.243-102/02/2020 odbioru końcowego branża torowa, elektryczna
4.Aneks nr 3 z dnia 27.01.2021 do umowy nr TR.243-163/2020 z dnia 26.06.2023 r.

Uwzględniając powyższe fakty i całkowity zakres rzeczywiście wykonanych robót budowlanych, w tym występowanie nowych elementów sieci trakcyjnej, przedmiot zamierzenia budowlanego pn. „Remont torowiska tramwajowego wraz z wymianą przewodu jezdnego na skrzyżowaniu ulic Józefa Piłsudskiego - Hugona Kołłątaja - Peronowej we Wrocławiu" kwalifikuje zadanie jako przebudowę sieci trakcyjnej o długości 0,761 km, albowiem nastąpiła zmiana parametrów technicznych istniejącej sieci trakcyjnej, wskazanych powyżej, co czyni wykonaną przez Wykonawcę powyższą robotę budowlaną przebudową w rozumieniu art. 3 pkt 7a) ustawy Prawo budowlane.

Poniżej wyciąg z Projektu Wykonawczego potwierdzający długość przebudowanej sieci trakcyjnej.

Niniejszy projekt remontu sieci trakcyjnej w swoim zakresie:

- Demontaż obejmujący:
  a/demontaż przewodu jezdnego z wieszakami w sieci wielokrotnej (sztywnej) dł 0,374 km (na obu torowiskach),
  b/ demontaż sieci płaskiej dł. 0,761 km
  c/ demontaż izolatora sekcyjnego IS-106 - 1 kpl (2 tory)
  dl demontaż napędu elektrycznego ze sterowaniem i ogrzewaniem zwrotnicy węzła 307 (bez zwrotnicy 307/3N) - 3 kpl
- Budowa obejmująca:
  a/ przewód jezdny DjpS-100 w sieci trakcyjnej wielokrotnej nieskompensowanej na obu torowiskach dl 0,374 km ,
  b/ sieć trakcyjną płaską dl 0,761 km,
  c/ zasilanie z sieci trakcyjnej skrzynek bezpiecznikowych zasilających zwrotnice i smarownice z uszynieniem slupów na których montowane będą skrzynki SB- 3 kpl

Tom III - Sieć trakcyjna, zasilanie, sterowanie i ogrzewanie zwrotnic

Zarzut Odwołującego, że zakres zadania nie obejmował wymiany słupów trakcyjnych wraz z fundamentami, a obejmował jedynie ich oczyszczenie i odmalowanie nie jest istotny i nie może stanowić powodu do stwierdzenia niespełnienia przez Wykonawcę GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. warunku w niniejszym postępowaniu, ponieważ Zamawiający nie określił w SWZ, że wymaga budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej wraz ze słupami trakcyjnymi, które obligatoryjnie miałyby zostać wykonane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Stąd Zamawiający nie ma podstaw do wymagania od Wykonawcy wykazania się budową lub przebudową sieci trakcyjnej wraz ze słupami. Zamawiający w SWZ nie uszczegółowił pojęcia sieci trakcyjnej w treści SWZ, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej powoduje, że wszelkie niejasności należy tłumaczyć na korzyść Wykonawcy.

Z uwagi na to, że Zamawiający w SWZ nie zdefiniował pojęcia sieci trakcyjnej, tj. nie wskazał czy poprzez sieć trakcyjną należy rozumieć sieć trakcyjną jedynie w postaci napowietrznych, górnych elektrycznych przewodów jezdnych linii tramwajowych, czy też wraz z urządzeniami konstrukcyjnymi służącymi do jej zawieszenia, to na etapie oceny Zamawiający nie mógł wymagać od Wykonawców wykazania wymiany również słupów trakcyjnych, a co za tym idzie Zamawiający nie mógł z tego powodu uznać warunku udziału w postępowaniu za niespełniony.

Należy również nadmienić, że słupy trakcyjne to nie jedyne urządzenia konstrukcyjne służące do zawieszenia sieci trakcyjnej, do takich elementów można zaliczyć również obiekty, które zasadniczo spełniają inne funkcje, a przy okazji stanowią zamocowanie dla sieci. Tu można wymienić na przykład mury budynków lub obiekty inżynierskie takie jak mosty, wiadukty, czy tunele. Faktem jest, że postawiony w postępowaniu warunek nie definiował wymagań w zakresie konstrukcji nośnych dla sieci trakcyjnej.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego niespełnienia przez Wykonawcę warunku zrealizowania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej; **zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane",* Zamawiający wskazuje, że warunek ten został spełniony przez Wykonawcę GM ROADS POLSKA Sp. z o. o., albowiem w lp.1 Wykazu wykonywanych robót budowlanych, wykazał on że w ramach zadania pn.: „Remont torowiska tramwajowego wzdłuż AL Gen. J. Hallera, na odcinku od ul. Mieleckiej do ul. Powstańców Śląskich we Wrocławiu", wykonał m.in. roboty polegające na przebudowie torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej o długości ponad 1000 mtp.

W ramach wskazanego zadania Wykonawca wykonał robotę budowlaną polegającą na przebudowie torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej co potwierdza opis z projektu budowlanego:

1.7. Zakres opracowania

Niniejszy projekt wykonawczy w swoim zakresie obejmuje:

• Remont torowiska tramwajowego w ul. Hallera na odcinku od ul Mieleckiej do ul. Powstańców Śl.

a / rozbiórka dwutorowego torowiska tramwajowego na długości 0.75km

b/ rozbiórka przejazdów drogowych i przejść dla pieszych na powierzchni 527 m^2

c/ budo.va dwutorowego torowiska tramwajowego na długości 0,75km

d/ zabudowa przejazdów drogowych i przejść dla pieszych na powierzchni 527 m^2

e/ zabudowa torowiska na długości przystanków na powierzchni 504 m^2

e/ budowa drenażu chłonnego na długości 0.70km

Analizując zakres wykonanych robót budowlanych jednoznacznie należy stwierdzić, że w ramach zadania, na które powołuje się Wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o.o., wykonana została przebudowa torowiska tramwajowego Przede wszystkim o przebudowie świadczy fakt, że w ramach zrealizowanego zadania inwestycyjnego i prowadzonych robót budowlanych zmianie uległy parametry techniczne torowiska. Wykonawca inwestycji zaprojektował i zrealizował roboty budowlane podnoszące nośność konstrukcji nawierzchni torowej poprzez budowę dodatkowej warstwy podbudowy - warstwy wzmacniającej, której w stanie istniejącym nie było. Ponadto zmiana parametrów technicznych nastąpiła poprzez zaprojektowanie i budowę systemu odwodnienia torowiska, którego także w stanie istniejącym nie było. Potrzeba wykonania dodatkowych elementów torowiska była konieczna dla prawidłowego wykonania zamierzenia inwestycyjnego i wyniknęła w trakcie prowadzenia prac projektowych, po wykonaniu badań geotechnicznych oraz odkrywek. Z tego tytułu przewidywany pierwotnie remont ostatecznie zakresem zadośćuczynił definicji przebudowy, na którą zgodnie z Prawem Budowlanym składa się: *wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.*

Dowód:

1.Projekt budowlany- część opisowa - pkt 1.7. Projektu str. 6,

2.Rysunek: projekt zagospodarowania terenu PZT-1,

3.Rysunek Przekroje konstrukcyjne T-3.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. zrealizował roboty budowlane polegające na przebudowie torowiska tramwajowego o konstrukcji podsypkowej (klasycznej), co potwierdza załączony Protokół odbioru końcowego nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 oraz odebrana Dokumentacja projektowa.

Reasumując na podstawie złożonych podmiotowych środków dowodowych przez Wykonawcę GM ROADS POLSKA Sp. z o. o. oraz stanu rzeczywistego wynikającego z posiadanych przez Zamawiającego dokumentów (w odniesieniu do faktów) Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu i zdolnego do należytego wykonania zamówienia.

2)W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 226 ust. 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP 1 w zw. 226 ust.1 pkt 2 **lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP** poprzez prowadzenie postępowania przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w taki sposób, że Zamawiający nie stosował zapisów SWZ jednakowo do wszystkich wykonawców i nie kierował się przy prowadzeniu postępowania literalnymi zapisami specyfikacji, którą sam sporządził;

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutu sformułowanego w pkt. 2) przedmiotowego odwołania. Zarzuty Odwołującego w treści odwołania, są bezpodstawne i bezprzedmiotowe.

Zamawiający, zgodnie z art. 16 pkt. 1-3 ustawy Pzp, przygotował i przeprowadził niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny oraz Zamawiający, w myśl art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, określił 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.

3)W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 204 ust. 1 PZP poprzezdokonanie wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty, która przedstawiała najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutu sformułowanego w pkt. 3) przedmiotowego odwołania. Zarzuty Odwołującego w treści odwołania, są bezpodstawne i bezprzedmiotowe.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy GM ROADS POLSKA Sp. z o.o., którego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów. Wykonawca GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona oferta jest zgodna z wymaganiami SWZ oraz ustawy Pzp i nie zachodzą przesłanki do jej odrzucenia, co Zamawiający wykazał w uzasadnieniu stanowiącym odpowiedź na zarzut z pkt. 1) powyżej.

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 - 3 zarzucam naruszenie tj.:

4)W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 128 ust 1 i 4 PZP. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZPpoprzez zaniechanie skierowania do GMR wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełniania.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutu sformułowanego w pkt. 4) przedmiotowego odwołania. Zarzuty Odwołującego w treści odwołania, są bezpodstawne i bezprzedmiotowe.

Zamawiający nie zgadza się z oceną Odwołującego, że konieczne było skierowanie do Wykonawcy GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1, czy art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający informuje, że złożone podmiotowe środki dowodowe przez Wykonawcę GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. w dniu 05.05.2023 r. były wystarczające do ustalenia, czy Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie potrzebował wyjaśnień tego Wykonawcy w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych, bowiem wykazane roboty budowlane były wykonywane na rzecz Zamawiającego i Zamawiający posiada pełen dostęp do dokumentacji związanej ze zrealizowanymi zadaniami wykazanymi w Wykaz wykonywanych robót budowlanych.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu08.02.2023 r. pod numerem 2023/S 028-080041.

W dniu 18 maja 2023 r. wykonawca KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowiewniósł odwołanie zarzucając naruszenie przepisów przez Zamawiającego:

1) **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GMR

pomimo niespełnienia przez GMR warunków udziału w Postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Pkt. 11.1 Ppkt 4) lit a) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023, dotyczącego wykonania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:
- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;
- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;
* zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.
2) **art 226 ust. 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP 1 w zw. 226 ust.1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP** poprzez prowadzenie postępowania przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w taki sposób, że Zamawiający nie stosował zapisów SWZ jednakowo do wszystkich wykonawców i nie kierował się przy prowadzeniu postępowania literalnymi zapisami specyfikacji, którą sam sporządził;
3) **art. 204 ust. 1 PZP poprzez** dokonanie wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu w oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty, która przedstawiała najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego
ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 - 3 zarzucam naruszenie tj.:
4) **art. 128 ust 1 i 4 PZP. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP** poprzez zaniechanie skierowania do GMR wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego w Rozdz. 11.1 pkt 4) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023 pomimo obowiązku wezwania do uzupełnienia, które obligatoryjnie powinno poprzedzić czynność wyboru oferty GMR.
W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie Zamawiający pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2023 r. (pismo z dnia 25 maja 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca GM ROADS POLSKA Sp z o.o. z siedzibą w Cieślach, Cieśle 44, 56-400 Oleśnica.
Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.
Przystępujący GM ROADS POLSKA Sp. z o.oz siedzibą w Cieślach pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2023 r. (pismo z dnia 26 maja 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania jako zupełnie bezzasadnego.
Stan prawny ustalony przez Izbę:
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.
Zgodnie z art 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Zgodnie z art. 16 pkt 1) ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
Zgodnie z art. 204 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

I.Sygn. akt KIO 1344/23

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazali, że posiadają legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w obydwu sprawach mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępujących, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do wniosku Przystępującego GM ROADS POLSKA Sp. z o.o., o odrzuceni odwołania w zakresie zarzutów nr 1-3.

Izba wskazuje, że stosownie do art. 528 pkt 3 ustawy PZP, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie natomiast z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Izba nie podziela poglądu Przystępującego, że podstawą sformułowania zarzutu nr 1, jest nieprawidłowe wezwanie Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2023 r. wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do złożenia w terminie do dnia 28 kwietnia 2023 r. do godziny 12:00 aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, bowiem w ocenie Izby, zarzut ten został osadzony na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, w związku z informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 maja 2023 r. To samo dotyczy zarzutów nr 2 i 3 odwołania, które dotyczą zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień treści złożonych podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP oraz zaniechania zwrócenia się bezpośrednio do wykonawcy robót budowlanych, ewentualnie weryfikacji informacji we własnym zakresie na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP.

Odnosząc się po kolei do zarzutów, Izba wskazuje, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Ustawy pzp w zw. z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. jedn. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) (dalej: „k.c.") w zw. z art. 65^1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy pzp poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości Odwołujący złożył w terminie podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z postanowieniami w pkt 11.1 ppkt. 4 lit. a i b SWZ: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

a)w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:

-co najmniej I (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy

przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;

*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

b)dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia następującymi osobami i potencjałem technicznym:

-co najmniej 1 (jedną) osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych lub kierownika robót torowych lub kierownika budowy, w tym na co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;

-co najmniej 1 osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych, który posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy, w tym co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej.

*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane."

Izba zważa, że w dniu 13 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP, wyznaczając termin złożenia dokumentów do dnia 24 kwietnia 2023 r.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym m. in. Wykaz wykonanych robót budowlanych (Załącznik nr 6 do SWZ). W wykazie tym Odwołujący powołał się na zadanie w pkt 1: *Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ulicy Popowickiej- Starogroblowej - Długiej 9 od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły)- Etap I podetap I B oraz Etap II*.W wykazie tym Wykonawca wpisał *„571,07 mtp w technologii bezpodsypkowej, 951 w technologii podsypkowej, łącznie: 1 522,07 mtp tramwajowego - warunek spełniony",* dołączając poświadczenie wykonawcy Pro-Tra Building Sp. z o.o. z dnia 27 maja 2022 r. zawierające również informację, że „przedmiot zlecenia został zrealizowany zgodnie z umową, z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony" wraz z informacją o zakresie realizowanych robót, tj. montaż torowiska tramwajowego na podlewie ciągłym na płycie betonowej wylewanej na mokro (w tym montaż rozjazdu tramwajowego dwutorowego pojedynczego pełnego lewego) – 571,07 mtp; montaż torowiska tramwajowego na podkładach strunobetonowych – 951,00 mtp, montaż przyrządów wyrównawczych – 2,00 kpl; gięcie szyn tramwajowych – 224,55 m.

W wyniku złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych, które, jak sam wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, budziły wątpliwości Zamawiającego w zakresie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, zwrócił się w pierwszej kolejności do wykonawcy ProTra Building Sp. z o.o. o przedstawienie informacji o zakresie wykonywanych robót budowlanych przez Laubres Sp. z o. o. w dniu 25 kwietnia 2023 r. W tym samym dniu, tj. 25 kwietnia 2023 r. Zamawiający otrzymał od wykonawcy Pro Tra Building Sp. z o.o., informację, że: „W ramach przywołanego zadania pn.: Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej – Starogroblowej – Długiej (od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) – Etap I podetap IB oraz Etap II, Wykonawca Laubres Sp. z o.o. wykonywał jedynie roboty montażowe torowiska na wykonanych przez nas podbudowach". Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający złożył dowody dołączone do odpowiedzi na odwołanie w postaci korespondencji mailowej Paullny Chmielewskiej do sekretariatu Pro-Tra Building z dnia 24.04.2023 r. oraz korespondencji mailowej Zdzisława Fabiniaka do Pauliny Chmielewskiej z dnia 25.04.2023 r.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2023 r., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, wezwał Odwołującego do złożenia w terminie do dnia 28 kwietnia 2023 r. do godziny 12:00 aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w ww. piśmie poinformował Odwołującego, że „w przedmiotowym wykazie w lp. 1. Odwołujący nie wskazał, czy w ramach zadania: *Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) - Etap I podetap IB oraz Etap II,*wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego. Wykonawca we wskazanym miejscu przywołał jedynie ilości mtp wykonane w poszczególnych technologiach. Z załączonego do wykazu poświadczenia od „PRO-TRA BUILDING"Sp. z o.o., jednoznacznie wynikało, że Odwołujący w zakresie przywołanego zadania wykonał jedynie roboty montażowe torowiska, czego nie można zakwalifikować do budowy, czy przebudowy, zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Reasumując Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 11.1, ppkt 4), lit a), tiret pierwszy SWZ", jak również „nie wykazał, że osoba proponowana na stanowisko kierownika budowy – p. A. S. ma doświadczenie w robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej (…)

Reasumując Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 11.1, ppkt 4), lit b), tiret pierwszy SWZ", przy czym dotyczyło to zarówno zadania *„Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) - Etap I podetap IB oraz Etap II*oraz zadania *„Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu".*

W ww. piśmie Zamawiający żądał od Odwołującego złożenia poprawionego i uzupełnionego wykazu wykonanych robót stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ w zakresie wykonanych w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie obejmujących: co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej *(*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane)* oraz złożenia stosownych dowodów określających, czy ta robota budowlana została wykonana należycie, a w konsekwencji również wykazu osób stanowiący załącznik nr 7 do SWZ, co do pełnienia funkcji, o której mowa w pkt 11.1 ppkt. 4 lit. b tiret 1 SWZ, tj. co najmniej 1 (jedną) osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych lub kierownika robót torowych lub kierownika budowy, w tym na co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej.

Izba w pierwszej kolejności zważa, że Zamawiający wyznaczając termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP na dzień 28 kwietnia 2023 r. do godziny 12:00, w związku z wezwaniem z dnia 25 kwietnia 2023 r., zachował dwa dni robocze, co czyni zadość normie prawnej wskazanej w art. 8 ust. 4 ustawy PZP.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę, Izba wskazuje, że Odwołujący w wyznaczonym w wezwaniu terminie, tj. do dnia 28 kwietnia 2023 r. do godziny 12:00, nie złożył podmiotowych środków dowodowych, składając je w rzeczywistości w dniu 28 kwietnia 2023 r. o godz. 13:21.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że nie zgadza się z Odwołującym, który stwierdził na rozprawie, iż „Dowody nie muszą być składane wraz z odwołaniem", bowiem Odwołujący pomija całkowicie dyspozycję przepisu art. 516 ust.1 pkt 10 ustawy PZP, zgodnie z którym, odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Co prawda, zgodnie z art. 535 ustawy PZP, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, nie zmienia to jednak faktu, że Odwołujący nie dołączył do odwołania żadnego dowodu, a tym samym nie wykazał, tj. nie udowodnił powstania okoliczności, które uniemożliwiły mu złożenie podmiotowych środków dowodowych w wymaganym terminie.

Niezależnie od powyższego można sobie zadać pytanie, jak powinno się traktować Wykonawcę, który złożyłby podmiotowe środki dowodowe np. o godz. 12:05, a termin na ich złożenie byłby wyznaczony do godziny 12:00, jak w niniejszej sprawie. W ocenie Izby, nie ma znaczenia, czy wykonawca złożyłby podmiotowe środki dowodowe pięć minut po 12:00, czy prawie 1,5 h po 12:00, ponieważ zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku wykonawca złożył je po terminie. Można porównać to również do terminu składania ofert, gdzie Zamawiający również wyznaczają termin do składania ofert wskazując konkretny dzień i godzinę, po której nie będą oceniane oferty. W związku z powyższym, uwzględnienie opisanej powyżej sytuacji, doprowadziłoby zdaniem Izby do tego, że przepis art. 128 ust. 1 ustawy PZP, mówiący o „wyznaczonym terminie" byłby przepisem „martwym" w powyższym zakresie.

Na marginesie Izba wskazuje, że z dokumentacji postępowania wynika, iż Odwołujący złożył do Zamawiającego pismo z dnia 28 kwietnia 2023 r. o godz. 14:51, w którym to tłumaczył opóźnienie w niezłożeniu odpowiedzi w terminie: „…w związku z dużą wielkością załączonych plików, jak i z problemami technicznymi z wysyłką/infrastrukturą internetową, niezależnymi od nas, mimo wielu prób przesłania dokumentacji, skuteczne wysłanie korespondencji nastąpiło o godz. 13:20 dnia 28.04.2023. Z uwagi na szczególnie krótki termin wyznaczony na odpowiedź (wezwanie otrzymaliśmy drogą elektroniczną dnia 25.04.2023 o godz. 15:25) oraz zbliżający się, szczególny w tym roku, urlop majówkowy związany z dużą ilością dni wolnych planowanych w wielu firmach i podmiotach, z którymi współpracuje firma Laubres sp. z o. o., co spowodowało, że spółka ma znaczne, wyjątkowe obłożenie obowiązkami i liczne terminy do zachowania. Nie byliśmy w stanie odpowiednio wcześniej przygotować dokumentacji i odpowiedzi na Wezwanie uwzględniając ryzyko wystąpienia problemów technicznych z wysyłką".

Nadto Izba zważa, że z dowodu wniesionego przez Odwołującego na posiedzeniu w postaci rachunku szczegółowego dotyczącego kontaktu telefonicznego wynika, że kontakt telefoniczny z Zamawiającym był dopiero dnia 28 kwietnia 2023 r. o godz. 12:10, w której to rozmowie telefonicznej Odwołujący poinformował Zamawiającego o „niezłożeniu dokumentów", co również potwierdził sam Odwołujący na rozprawie: „Potwierdza Odwołujący, że zadzwonił do

Zamawiającego o godzinie 12:10. Mieliśmy problemy techniczne w związku z czym nie mogliśmy wysłać maila".
W ocenie Izby, ww. tłumaczenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ Odwołujący jako profesjonalista działający na rynku zamówień publicznych spoczywa podwyższona staranność. W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.
Poza tym, Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 13.5 zdanie drugie SWZ: „Środkiem komunikacji elektronicznej służącym przekazywaniu dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów, wniosków, zawiadomień oraz informacji jest poczta elektroniczna (e -mail) lub Platforma Przetargowa". Tym samym, zdaniem Izby Odwołujący miał alternatywę do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykonaną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej, tj. za pośrednictwem maila lub za pośrednictwem Platformy Przetargowej, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący KZN Rail Sp. z o.o.
Nadto Izba zważa, że Odwołujący wiedząc o problemach technicznych mógł stosunkowo wcześniej złożyć wniosek o przedłużenie terminu do złożenia wymaganych dokumentów, a czego Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie uczynił.
Izba wskazuje, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 maja 2023 r., Zamawiający zawarł również informację o powodach odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, iż: „Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Laubres Sp. z o.o., Żernicka 253, 54-510 Wocław na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, ponieważ oferta ta została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (…) Zamawiający w dniu 13.04.2023 r. na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Laubres Sp. z o.o., Żernicka 253, 54-510 Wrocław do złożenia w terminie do dnia 24.04.2023 r. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w dniu 24.05.2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył podmiotowe środki dowodowe. W złożonych podmiotowych środkach dowodowych Wykonawca Laubres Sp. zo.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym Zamawiający w dniu 25.04.2023 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Laubres Sp. z o.o. do złożenia oraz uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 28.04.023 r. do godziny 12:00. Wykonawca Laubres Sp. z o.o. nie złożył w wyznaczonym terminie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego działającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odpowiedź Wykonawcy została złożona w dniu 28.04.2023 r. o godzinie 13:21, tj. po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie".
Izba zważa, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
Oznacza to, zdaniem Izby, że w sytuacji wystąpienia jednej z wymienionych w tym przepisie przesłanki (w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie przedłożył podmiotowych środków dowodowych w wyznaczonym terminie), skutkuje tym, że Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie ww. normy prawnej.
Nadto, należy zgodzić się z Zamawiającym, że montaż jest robotą budowlaną, która nie wchodzi w zakres definicji budowy lub przebudowy, które to definicje znajdują się odpowiednio w art. 3 pkt 6 i 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, ponieważ słowo „montaż" zawarte jest w art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przy czym Izba wskazuje, że nie ma definicji legalnej „montażu". Nie zmienia to jednak faktu, iż w warunkach udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał budowy lub przebudowy* (*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane) w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej, a z wyjaśnień spółki PRO-TRA BUILDING Sp. z o. o z dnia 25 kwietnia 2023 r. wynika jednoznacznie, że Odwołujący „wykonywał jedynie roboty montażowe torowiska na wykonanych przez nas podbudowach".
Powyższe potwierdził również sam Odwołujący na rozprawie stwierdzając, że „spełnia wymóg odnośnie torowiska, tj. prace powierzchni torowej, a nie podtorza, czyli tych płyt, podsypki", jak również „zapewnialiśmy transport podkładów, ułożenie podkładów, regulację podkładów, transport szyn, ułożenie szyn i przygotowanie do spawania, szlifowanie szyn, regulację torów w układzie poziomym, montaż urządzeń wyrównawczych", co w ocenie Izby prace wykonane przez Odwołującego świadczą o tym, że nie stanowią one budowy ani przebudowy torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej, lecz jedynie mają charakter „montażu".
Poza tym Izba zważa, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, na czym polega torowisko tramwajowe w technologii podsypkowej wskazując, że to: „nie tylko szyny, i nie tylko rama toru składająca się z szyn z podkładami, ale

co najmniej warstwa konstrukcyjna podtorza i górna powierzchnia podtorza przystosowana do zabudowania nawierzchni, składającej się z podsypki oraz ramy toru składającej się z szyn, złączek, przytwierdzeń i podkładów", zaś torowisko tramwajowe w technologii bezpodsypkowej to: „również nie tylko szyny tramwajowe. W systemie tym szyny przytwierdzone są do podbudowy betonowej wykonanej jako betonowa monolityczna płyta na całej długości toru, zamiast do podkładów układanych punktowo. Masy zalewowe otulające szynę wykonane poziomo na podbudowie betonowej i pionowo na styku z nawierzchnią betonową mają funkcję izolująco-mocującą i wibroizolacyjną", a powyższe wyjaśnienia Zamawiającego, na czym polega dana technologia, nie były kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Co do zarzutu nr 2, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych podmiotowych środków dowodowych z uwagi na powziętą wątpliwość co do tego, czy potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, że ww. norma prawna ma charakter fakultatywny, o czym świadczą słowa: „może żądać", co powoduje, iż nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, że nie skorzystał ze swego uprawnienia.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wzywając Odwołującego do poprawienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, w ocenie Izby Odwołujący po pierwsze nie uczynił zadość wezwaniu, tj. nie złożył podmiotowych środków dowodowych w wymaganym terminie, a tym samym nie przedstawił roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu w danej technologii, a po drugie Zamawiający wzywając Odwołującego do poprawienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, nie był zobligowany do skorzystania z normy art. 128 ust. 4 ustawy PZP, ponieważ, jak sam stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „nie potrzebował wyjaśnień Odwołującego w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych", a Izba na podstawie okoliczności zawartych w dokumentacji w przedmiotowej sprawie, zgadza się z powyższym stwierdzeniem Zamawiającego.

Izba chciałaby w tym miejscu również podkreślić, że Odwołujący złożył co prawda wyjaśnienia wraz z dodatkowymi dokumentami (m.in. umową podwykonawczą nr 42/TT/2021 z dnia 21 lipca 2021 r. wraz z aneksem nr 1 zawierający również przedmiar robót, czy też protokołami odbiorów), ale zostały one złożone po terminie określonym w wezwaniu przez Zamawiającego, w związku z czym nie były one oceniane przez Izbę. Dotyczy to również dowodu wniesionego przez Odwołującego wniesionego na posiedzeniu w postaci przedmiaru robót, który de facto stanowił ten sam dokument dołączony do ww. aneksu nr 1.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Odnośnie zarzutu nr 3, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 5 Ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do wykonawcy robót budowlanych o przedstawienie informacji na temat rodzaju robót budowlanych zrealizowanych przez Odwołującego jako podwykonawcę, ewentualnie zaniechanie weryfikacji informacji we własnym zakresie, z uwagi na powziętą wątpliwość co do spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, jest zdaniem Izby niezasadny.

Zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy PZP, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w , lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Biorąc pod uwagę powyższy przepis, w pierwszej kolejności, Izba zważa, że w dniu 24 kwietnia 2023 r. Zamawiający bezpośrednio (mailem) zwrócił się do wykonawcy robót budowlanych PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. o przedstawienie informacji na temat rodzaju robót budowlanych zrealizowanych przez Odwołującego jako jego podwykonawcy w trybie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, zadając następujące pytanie: „czy w ramach przywołanego zadania pn.: Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogrobłowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul Władysława Jagiełły) - Etap ł podetap IB oraz Etap II, Wykonawca Laubres Sp. z o.o. wykonywał roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego? Czy Wykonawca Laubres Sp. z o.o. wykonywał roboty budowlane w pełnym zakresie, tj.:

-prace ziemne,

-warstwy konstrukcyjne torowiska,

-wykonywał płytę betonową, bądź układał podkłady strunobetonowe z podsypką na których nastąpił montaż torowiska?"

Na zadane powyżej pytanie, Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2023 r. otrzymał odpowiedź od PRO- TRA BUILDING Sp. z o.o. następującej treści:,, W *ramach przywołanego zadania pn.: Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogrobłowej - Długiej (od ul. Milenijnej*
do ul Władysława Jagiełły) - Etap I podetap IB oraz Etap II, Wykonawca Laubres Sp. z o.o. wykonywał jedynie roboty montażowe torowiska na wykonanych przez nas podbudowach", o czym świadczą dowody wniesione do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego w postaci korespondencji mailowej Pauliny Chmielewskiej do sekretariatu Pro-Tra Building z dnia 24.04.2023 r. i korespondencji mailowej Zdzisława Fabiniaka do Pauliny Chmielewskiej z dnia 25.04.2023 r.

Nadto, w ocenie Izby, Zamawiający nie zaniechał weryfikacji zakresu zrealizowanych przez Odwołującego robót budowlanych na rzecz Zamawiającego, ponieważ w dniu 26 kwietnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do spółki Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. o weryfikację zakresu pełnionych funkcji przez Pana A. S., który został wskazany w wykazie osób przez Odwołującego. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację, że Pan A. S. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych w zadaniu: Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu - etap I oraz że w tym zadaniu: „Nadzorował roboty drogowe, montaż torowiska (montaż torów, warstw konstrukcyjnych torowiska). W załączeniu wyciąg z dziennika budowy", natomiast na zadaniu: Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej-Długiej (od ul. Milenijnej do Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz Etap II: „ nie figuruje nazwisko Pana S. jako Kierownika Robót", o czym świadczą dowody wniesione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie w postaci korespondencji mailowej Pauliny Chmielewskiej do Justyny Kleczewskiej - Strąg z dnia 26.04.2023r. i korespondencji mailowej Justyny Kleczewskiej - Strąg do Pauliny Chmielewskiej z dnia 27.04.2023r. wraz z wpisami w dziennikach budowy.

Izba zważa, że z wyżej wymienionej korespondencji mailowej i dzienników budowy, jednoznacznie wynika, że w pierwszym zadaniu, tj. Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu - etap I, Pan A. S. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych, na którym to zadaniu nadzorował roboty drogowe polegające na montażu torowiska, a nie jak wymagał Zamawiający doświadczenia kierownika robót drogowych lub kierownika robót torowych lub kierownika budowy, w tym na co najmniej 1 (jednej) robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej. Z kolei w zadaniu drugim, tj. Budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej - Starogroblowej-Długiej (od ul. Milenijnej do Władysława Jagiełły) Etap I podetap IB oraz Etap II , Pan A. S. w ogóle nie figurował jako Kierownik robót.

W związku powyższym, że Odwołujący nie wykazał wykonania budowy lub przebudowy w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej, tym samym w ocenie Izby, również zarzut ten jest niezasadny.

Co do zarzutów nr 4 i 5 odwołania, Izba zważa, że zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 139 ust. 3 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy pzp poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne dokonanie ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, kwalifikacji podmiotowej wykonawcy GM ROADS POLSKA sp. z o.o., a w konsekwencji wybór złożonej przez tego wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stosunku do oferty Odwołującego nie zaistniały przesłanki odrzucenia, oferta Odwołującego została uznana w pierwszej kolejności jako najkorzystniejsza, a sam Odwołujący spełnia warunki pozytywnej kwalifikacji podmiotowej, jak również art. 239 ust. 2 Ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 Ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) Ustawy pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybrana oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (zarzuty nr 4 i 5), są zdaniem Izby niezasadne.

Zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy PZP, jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w , potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższą normą prawną, Izba zważa, że w przypadku braku złożenia podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający obowiązany jest do ponownego badania i oceny ofert złożonych przez pozostałych wykonawców. Tym samym, jeżeli w postępowaniu zostały złożone inne oferty wykonawców niepodlegające odrzuceniu, Zamawiający jest zobligowany ponownie dokonać oceny z zastosowaniem kryteriów oceny ofert, przy czym procedura ta jest powtarzana do czasu wyłonienia oferty najkorzystniejszej, tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu oraz spełniającego warunki udziału w postępowaniu, która jednocześnie jest ofertą najwyżej ocenioną spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie złożył w wymaganym

terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, zarówno w zakresie wykazu robót budowlanych, jak i wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2023 r., a tym samym oferta Odwołującego nie spełniała warunków udziału w niniejszym postępowaniu.
W konsekwencji, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył dyspozycji przepisu art. 139 ust. 3 ustawy PZP, dokonując ponownego badania i oceny ofert spośród pozostałych wykonawców, jak również dyspozycji przepisu art. 239 ust. 1 ustawy PZP.
Tym samym, w ocenie Izby, zarzuty nr 4-5, są zdaniem Izby niezasadne.
Co do zarzutu nr 6, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 1) Ustawy pzp, poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne zatrzymanie wadium złożonego przez Odwołującego jako wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, co spowodowało brak możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stanie faktycznym sprawy nie zachodzą ustawowe przesłanki do zatrzymania wadium, jest zdaniem Izby niezasadny.
Izba wskazuje, że zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1) ustawy PZP, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w , występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w lub , z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub , oświadczenia, o którym mowa w , innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w , co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z literalnym brzmieniem powyższego przepisu wynika, iż przepis ten kreuje nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek Zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek w nim wymienionych, o czym świadczy użycie słów: „zatrzymuje wadium".
Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 marca 2019 r. o sygn. akt I ACa 257/18): „Zatem dla zatrzymania wadium nie jest wymagane wykazanie przez zamawiającego jej istnienia, a jednocześnie deklarowana dobra wola wykonawcy nie jest wystarczającą przesłanką dla zwrotu wadium, jeśli ziściły się podstawy jego zatrzymania".
Izba zważa, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie złożył w wymaganym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2023 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, podmiotowe środki dowodowe powinny być złożone do dnia 28 kwietnia 2023 r. do godz. 12:00, a w rzeczywistości zostały złożone w dniu 28 kwietnia 2023 r. o godz. 13:21), tym samym w ocenie Izby, niezłożenie wymaganych dokumentów i oświadczeń nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zgodnie z komentarzem Prawo zamówień publicznych, wydanie II, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2023, str. 345: „…przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy mogą być zarówno przyczyny przez niego zawinione, jak i niezawinione".
Izba zwraca uwagę, że powoływanie się przez Odwołującego w odwołaniu na działanie w dobrej wierze, czy też na problemy techniczne z infrastrukturą informatyczną wskazując, że „w bardzo krótkim wyznaczonym terminie (…), przed zbliżająca się wyjątkowo bardzo długą majówką podjął wszelkie starania w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu", są zdaniem Izby irrelewantne, ponieważ podmiotowe środki dowodowe, jak już powyżej Izba wskazała, nie zostały złożone w terminie wynikającym z wezwania z dnia 25 kwietnia 2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, a na Odwołującym jako profesjonalisty spoczywała podwyższona staranność.
Nadto Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym twierdzenie Odwołującego, że „wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 było nieprawidłowe, a co najmniej niezgodne z zasadą proporcjonalności", nie mogło być wzięte pod uwagę przez Izbę, ze względu na to, iż zarzut ten nie był objęty zakresem zaskarżenia pierwotnie w treści odwołania, tj. w ramach zarzutów wskazanych w odwołaniu. Jednakże co istotne, zarzut ten na obecnym etapie postępowania byłby zarzutem spóźnionym.
Konkludując, zdaniem Izby, Zamawiający prawidłowo zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium z dnia 9 maja 2023 r.
Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego w postaci opinii prywatnej dr inż. Wojciecha Oleksiewicza w sprawie interpretacji wymagań Zamawiającego (MPK Wrocław) dotyczących udokumentowania zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy w dziedzinie robót budowlanych wykonywanych w torowisku tramwajowym, informacja z Wikipedii dotycząca rozumienia „toru", zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty – dotyczy części 16 z dnia 12.04.2019 r., jak również informacje z KRS dotyczące wykonawcy PRO-TRA Building Sp. z o.o. oraz GM ROADS Polska Sp. z o.o., w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W konsekwencji zdaniem Izby, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, jak również zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

II.Sygn. akt KIO 1396/23

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazali, że posiadają legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w obydwu sprawach mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do wniosku Zamawiającegoo przesłuchanie w charakterze świadka Pana D. T., na okoliczność zakresu prac wykonanych przez GM ROADS Sp. z o.o., a wskazanych przez GM ROADS w wykazie robót zawartych w podmiotowych środkach dowodowych.

Izba wskazuje, że stosownie do art. 541 ustawy PZP, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Izby nie zachodziła potrzeba przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka, ponieważ fakty dotyczące zakresu prac wykonanych przez GM ROADS Sp. z o.o. zostały stwierdzone dowodami z dokumentów, w szczególności w postaci projektu powykonawczego, jak również dowodami w postaci przesłuchania stron.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GMR pomimo niespełnienia przez GMR warunków udziału w Postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Pkt. 11.1 Ppkt 4) lit a) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023, dotyczącego wykonania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;
- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;

* zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane,

jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami w pkt 11.1 ppkt. 4 lit. a SWZ: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

a)w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej;

-co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej;

*zgodnie z definicją określoną w art. 3 pkt. 6) i 7a) Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane".

Izba zważa, że Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2023 r. na podstawie art. 126 ust.1 ustawy PZP wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych do dnia 8 maja 2023 r. W dniu 5 maja 2023 r. Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym Wykaz wykonanych robót budowlanych, stanowiący załącznik nr 6 do SWZ, wskazując w pkt 1 „ W ramach zadania pn.: „Remont torowiska tramwajowego wzdłuż Al. Gen. J. Hallera, na odcinku od ul. Mieleckiej do ul. Powstańców Śląskich we Wrocławiu" wykonano m.in. roboty polegające na przebudowie torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej o długości ponad 1000 mtp, w okresie od 25.09.2021 r. do 17.12.2021 r. wobec Gminy Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. B. Prusa 75-79, 50-316 Wrocław" oraz w pkt 2 „ W ramach zadania pn.: „ Remont węzła tramwajowego wraz z wymianą przewodu jezdnego na skrzyżowaniu ulic J. Piłsudskiego – H. Kołłątaja – Peronowej we Wrocławiu" wykonano m.in. roboty polegające na przebudowie sieci trakcyjnej o długości ponad 500 mtp" w okresie od 07.11.2020 r. do 28.12.2020 r. wobec Gminy Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. B. Prusa 75-79, 50-316 Wrocław".

Do powyższego wykazu Przystępujący dołączył dowody potwierdzające, że wykazane roboty budowlane zostały wykonane należycie:

1)Protokół nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 r.

2)Protokół nr TR.243-102/04/2021 z dnia 11.01.2022 r.

3)Protokół nr TR.243-163/02/2020 z dnia 28.12.2020 r.

4)Protokół odbioru końcowego z dnia 11.03.2021 r.

5)Protokół nr TR.243-163/03/2020 z dnia 30.04.2021 r.

Następnie w dniu 8 maja 2023 r. Przystępujący „z daleko posuniętej ostrożności" przedłożył Zamawiającemu uzupełniony o dodatkowe informacje Wykaz wykonanych robót budowalnych (zał. nr 6 do SWZ) wraz z referencjami, tj. w pkt 3 Wykazu wykonanych robót budowlanych: „W ramach zadania pn.: „Budowa wydzielonej trasy autobusowo-tramwajowej łączącej osiedle Nowy Dwór z Centrum Wrocławia w zakresie części 16: Budowa zagospodarowania TAT wraz z infrastrukturą podziemną i naziemną na odcinku od wiaduktu nad ul. Smolecką do wiaduktu nad szlakiem PKP wraz z infrastrukturą na wiaduktach oraz fragmentem ul. Wagonowej" wykonano m. in. roboty polegające na budowie torowiska o długości 3760 mtp" w okresie od 31.10.2019 do 31.03.2023 wobec PRO-TRA Building Sp. z o.o., ul. Chałupnicza 26a, 51-503 Wrocław" oraz referencje z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący stwierdził, że poz. 3 załącznika nr 8„nie spełnia ono wymagań określonych przez Zamawiającego z uwagi, iż robota została zrealizowana i zakończona po terminie składania ofert, tj. 23.03.2023 r., gdzie zgodnie z treścią pkt 11 ppkt 4) lit a Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że robota została zrealizowana w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert".

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, że po pierwsze zgodnie z postanowieniami w pkt 11.1 ppkt. 4 lit. a SWZ, Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował m.in. co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie* w ramach jednej umowy, przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej", co oznacza, w ocenie Izby, że w ramach ww. spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczyło wykazać jedną robotę budowlaną, tym samym wskazanie zadania w poz. 3 wykazu wykonanych robót budowlanych z dnia 8 maja 2023 r. przez Przystępującego, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sprawy w ramach powyższego zarzutu.

Nadto Izba zważa, że również sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż „nie wziął pod uwagę informacji o robotach wymienionych w wykazie z dnia 08.05.2023 r., jako że Wykonawca wykazał już w oświadczeniu z dnia 05.05.2023r. spełnienie warunków udziału w postępowaniu", a Izba zgadza się z powyższą argumentacją Zamawiającego.

Co do zarzutu Odwołującego dotyczącego niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu poprzez brak zrealizowania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej, wykazując się robotami budowlanymi polegającymi na remoncie, Izba w pierwszej kolejności zacytuje definicję przebudowy i remontu w rozumieniu Prawa budowlanego.

Zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przez „przebudowę" należy rozumieć *wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego,* natomiast w myśl art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego przez

„remont" należy rozumieć *wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.*

Izba zważa, że wskazanym przez Przystępującego w wykazie robót budowlanych w pkt 2 zadania pn. „Remont węzła tramwajowego wraz z wymianą przewodu jezdnego na skrzyżowaniu ulic J. Piłsudskiego – H. Kołłątaja - Peronowej we Wrocławiu" w zakresie sieci trakcyjnej, zwiększony został zakres prac projektowych i wykonawczych polegający na:

- budowie nowej ochrony przepięciowej na sieci;
- zmianie lokalizacji izolatora sekcyjnego IS 106 ;
- wbudowaniu dodatkowych wieszaków sieci łańcuchowej;
- montażu zasilania skrzynek bezpiecznikowych;
- przebudowie mostków sieci górnej i powrotnej;
- przebudowie przewieszki podwójnej sieci łańcuchowej i pojedyncze przewieszki sieci trakcyjnej przy hotelu GRAND i SOPHIA, a na potwierdzenie powyższego Zamawiający dołączył do odpowiedzi na odwołanie dowody w postaci projektu wykonawczego branża: sieci trakcyjne, zasilanie i ogrzewanie zwrotnic - pkt 2.2.3 Ochrona przeciwporażeniowa i przepięciowa, pkt 2.2.2. Połączenia elektryczne sieci górnej; rysunek do projektu wykonawczego nr PW-PZT-101; rysunek do projektu wykonawczego nr PW-SCH-200; rysunki do projektu wykonawczego PW-DET-309—313, a także pismo Wykonawcy GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. z dnia 14.12.2020 r. wraz z kosztorysem ofertowym - Sieć trakcyjna tramwajowa Wymiana konstrukcji nośnych Hotel Grand, Hotel Sofia; pismo MPK sp. z o.o. do GM ROADS SP. z o.o. z dnia 12.01.2021 r.; protokół nr TR.243-163/02/2020 odbioru końcowego branża torowa, elektryczna; aneks nr 3 z dnia 27.01.2021 do umowy nr TR.243-163/2020 z dnia 26.06.2023 r.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę powyższe dowody, zwłaszcza aneks nr 3 z dnia 27.01.2021 r. do umowy nr TR.243-163/2020 z dnia 26.06.2023 r., wynika, że Przystępującemu zostały zlecone dodatkowe roboty budowlane polegające na wykonaniu robót torowych polegających na dostosowaniu geometrii torowiska na zachodnim wlocie skrzyżowania (ul. Piłsudskiego) w celu przeniesienia zwrotnicy poza przejście dla pieszych oraz zwiększeniu zakresu wymiany torowiska w ul. Peronowej w celu ujednolicenia nawierzchni w obrębie przejścia dla pieszych oraz wykonanie robót sieciowych polegających na wymianie wyeksploatowanych zawieszeń sieci trakcyjnej (konstrukcji nośnych) mocowanych do haków na elewacji budynku hotelu Grand i hotelu Sofia oraz wymianie pętli indukcyjnej systemu ITS zlokalizowanej w torowisku w ul. Kołłątaja, jak również z protokołu nr TR.243-163/02/2020 odbioru końcowego branża torowa, elektryczna wynika, że zakres robót podlegający odbiorowi obejmował szerszy zakres robót niż tylko remont, tj. rozjazdy wraz ze zwrotnicami i układem sterowania zwrotnic najazdowych, rozjazd krzyżowy; sieć trakcyjna; nawierzchnia torowiska – nawierzchnia torowiska wykonana z betonu cementowego na zabudowie betonowej na istniejącej podbudowie betonowej.

Powyższy zakres robót potwierdził także Zamawiający na rozprawie: „O przebudowie może świadczyć wykonanie nowej ochrony przepięciowej i wykonanie tej ochrony, nie dot. tylko i wyłącznie jakiegoś fragmentu sieci trakcyjnej, ale dot. tego całego przedsięwzięcia. Nastąpiła również zmiana izolatora sekcyjnego, zmiana lokalizacji i wynikająca z tego zmiana układu konstrukcji nośnych. Na sieci zostały zbudowane dodatkowe wieszaki sieci łańcuchowej. Ponadto zostało zamontowane zasilanie skrzynek bezpiecznikowych, czego również nie było. Została dokonana przebudowa sieci górnej i powrotnej. Przebudowano przewieszkę i podwójną sieć łańcuchową i pojedynczą przewieszki sieci trakcyjnej".

Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, który stwierdził na rozprawie, że: „GM ROADS tylko i wyłącznie legitymuje się pracami remontowymi".

Izba w tym miejscu odniesie się jeszcze do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, na który powołuje się Odwołujący. Izba zważa, że PFU nie może być traktowany jako projekt budowlany, ponieważ to projekt budowlany jest podstawą realizacji zamówienia publicznego, a PFU jest dokumentem dotyczącym etapu przed realizacją zamówienia, na co zwrócił uwagę Zamawiający i Przystępujący w pismach procesowych, jak również Przystępujący na rozprawie, wskazując, iż PFU ma „charakter organizacyjny".

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że również PFU w swoich zapisach odnosi się do zmiany geometrii torowiska w pkt 1.1.2. Branża sieciowa PFU„Zamówienie swoim zakresem obejmuje wykonanie następujących prac w branży sieciowej: m.in. Korektę przebiegu sieci trakcyjnej w przypadku zmiany geometrii toru", czy też w pkt 2.3.2. Geometria torowiska - A. Usytuowanie torowiska w planie „W ramach remontu należy zaprojektować zmianę geometrii torowiska w szczególności w celu likwidacji kolizji skrajni na relacji skrętu w lewo z ul. Piłsudskiego w kierunku ul. Kołłątaja. Należy poinformować Zamawiającego w sytuacji, gdy korekta geometrii nie będzie możliwa. W przypadku zmiany geometrii na tym łuku należy sprawdzić i ewentualnie zmienić usytuowanie sieci trakcyjnej".

Przenosząc powyższe zapisy PFU na grunt niniejszej sprawy, Izba zważa, że w przedmiotowej sprawie doszło do konieczności zmiany geometrii torowiska, a świadczy o tym jednoznacznie dowód w postaci projektu powykonawczego

(zawarte tam rysunki techniczne przed i po robotach), z którego wynika, iż „Przed przebudową nie było możliwości, aby tramwaje poruszające się na łuku mogły się minąć jednocześnie, natomiast po przebudowie taka sytuacja jest możliwa. Przebudowa umożliwiła poruszanie się w jednym czasie po jednym łuku dwóch tramwajów", na co zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie.

W ocenie Izby, konfrontując powyższy dowód w postaci projektu powykonawczego z dowodami wniesionymi przez Odwołującego na posiedzeniu w postaci rysunków (przekrój typowy sieci trakcyjnej wielokrotnej, przekrój typowy sieci trakcyjnej płaskiej) oraz zdjęć, Izba doszła do przekonania, że ww. rysunki i zdjęcia nie przedstawiają w całości robót w pełnym zakresie, tego dokładnie, co zostało wykonane.

Tym samym, Izba zgadza się z Zamawiającym, iż „poprzez zmianę położenia torowiska, zmieniła się oś toru i tym samym zmieniło się położenie sieci trakcyjnych".

Nadto Izba zważa, że z projektu powykonawczego w pkt 1.8 ,w drugim tirecie jest wskazane co objęła budowa w ramach zadania „Remont torowiska tramwajowego wraz z wymianą przewodu jezdnego na skrzyżowaniu ulic Józefa Piłsudskiego – Hugona Kołłątaja – Peronowej we Wrocławiu", tj.przewód jezdny DjpS-100 w sieci trakcyjnej wielokrotnej nieskompensowanej na obu torowiskach dł. 0,374 km; sieć trakcyjną płaską dł. 0,761 km, zasilanie z sieci trakcyjnej bezpiecznikowych zasilających zwrotnice i smarownice z uszynieniem słupów, na których montowane będą skrzynki SB-3 kpl; montaż napędu elektrycznego ze sterowaniem i ogrzewaniem zwrotnicy węzła 307 (bez zwrotnicy 307/#N) – 3 kpl.

W związku z powyższym, Izba nie podziela poglądu Odwołującego, że „Przystępujący GM ROADS wykonał jedynie wymianę przewodu jezdnego".

Natomiast w zakresie zarzutu Odwołującego, że zakres zadania nie obejmował wymiany słupów trakcyjnych wraz z fundamentami, a obejmował jedynie ich oczyszczenie i odmalowanie, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający nie określił w SWZ, że wymaga budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej wraz ze słupami trakcyjnymi, które obligatoryjnie miałyby zostać wykonane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie, a jedynie robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 500 m sieci trakcyjnej. Tym samym, w ocenie Izby, nie ma podstaw do wymagania od wykonawcy robót budowlanych, w tym Przystępującego wykazania się budową lub przebudową sieci trakcyjnej wraz ze słupami.

Izba zgadza się z Zamawiającym, że ze względu na to, iż w SWZ nie zdefiniował pojęcia sieci trakcyjnej, tj. nie wskazał czy poprzez sieć trakcyjną należy rozumieć sieć trakcyjną jedynie w postaci napowietrznych, górnych elektrycznych przewodów jezdnych linii tramwajowych, czy też wraz z urządzeniami konstrukcyjnymi służącymi do jej zawieszenia, to nie mógł wymagać od wykonawców wykazania wymiany również słupów trakcyjnych.

Konkludując, biorąc pod uwagę w szczególności zakres rzeczywiście wykonanych robót budowlanych, w tym występowanie nowych elementów sieci trakcyjnej, zmianę geometrii torowiska, Izba doszła do przekonania, że zadanie wskazane w pkt 2 wykazu robót budowlanych przez Przystępującego należy zakwalifikować jako przebudowę sieci trakcyjnej o długości 0,761 km (wymagane było „przynajmniej 500 m"), a nie wykonanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających wyłącznie na odtworzeniu stanu pierwotnego. Tym samym, w ocenie Izby nastąpiła zmiana parametrów technicznych istniejącej sieci trakcyjnej (obiektu budowlanego), co czyni wykonaną przez Przystępującego robotę budowlaną jako przebudowę w rozumieniu art. 3 pkt 7a) ustawy Prawo budowlane.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego niespełnienia przez Wykonawcę warunku zrealizowania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie w ramach jednej umowy przynajmniej 1000 mtp torowiska tramwajowego w technologii podsypkowej lub bezpodsypkowej (zadanie w pkt 1 wskazane przez Przystępującego w wykazie robót budowlanych), Izba zważa, że z pkt 1.7. projektu budowlanego z dnia 14 czerwca 2021 r. jednoznacznie wynika, że swoim zakresem obejmował: „Remont torowiska tramwajowego w ul. Hallera na odcinku od ul Mieleckiej do ul. Powstańców Śl.

a / rozbiórka dwutorowego torowiska tramwajowego na długości 0.75km

b/ rozbiórka przejazdów drogowych i przejść dla pieszych na powierzchni 527 m^2

c/ budowa dwutorowego torowiska tramwajowego na długości 0,75km

d/ zabudowa przejazdów drogowych i przejść dla pieszych na powierzchni 527m^2

e/ zabudowa torowiska na długości przystanków na powierzchni 504 m^2

e/ budowa drenażu chłonnego na długości 0.70km".

W związku powyższym, Izba uznała za wiarygodne stwierdzenie Zamawiającego, że: „Wykonawca inwestycji zaprojektował i zrealizował roboty budowlane podnoszące nośność konstrukcji nawierzchni torowej poprzez budowę dodatkowej warstwy podbudowy - warstwy wzmacniającej, której w stanie istniejącym nie było. Ponadto zmiana

parametrów technicznych nastąpiła poprzez zaprojektowanie i budowę systemu odwodnienia torowiska, którego także w stanie istniejącym nie było. Potrzeba wykonania dodatkowych elementów torowiska była konieczna dla prawidłowego wykonania zamierzenia inwestycyjnego i wyniknęła w trakcie prowadzenia prac projektowych, po wykonaniu badań geotechnicznych oraz odkrywek", co ma swoje potwierdzenie w załączonych do odpowiedzi na odwołanie dowodach w postaci projektu budowlanego, rysunku: projekt zagospodarowania terenu PZT-1 oraz rysunku: Przekroje konstrukcyjne T-3.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę ww. zakres wykonanych przez Przystępującego robót budowlanych w powyższym zadaniu (m.in. roboty polegające na zmianie geometrii torowiska, które de facto powodowały również zmianę, tj. przebudowę sieci trakcyjnej oraz protokół odbioru końcowego nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 r. obejmujący: nawierzchnię stalową torów – 1545 mtp, podbudowę betonową – 754 m^2, podbudowę betonową zasadniczą -754 m^2, podbudowę z gruntu stabilizowanego cementem -754 m^2, warstwę wzmacniającą z kruszywa łamanego – 4195 m^2 , odtworzenie pętli indukcyjnej – 1 kpl, ułożenie nawierzchni z geokraty – 228 m^2 , wykonanie nawierzchni zielonej torowiska – 925 mtp (4195 m^2), a także konfrontując dowody przedstawione przez Zamawiającego z dowodami Odwołującego dołączonymi do odwołania, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący wykonał robotę budowlaną polegającą na przebudowie torowiska tramwajowego, a przebudowa ta była dokonana w technologii podsypkowej.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że o kwalifikacji robót budowlanych nie decyduje nazwa nadana inwestycji przez inwestora (Zamawiającego), lecz rzeczywisty zakres wykonanych robót budowlanych przez wykonawcę. Z tego też powodu tytuł zadania, który przewidywał pierwotnie „remont", ostatecznie swoim zakresem zadośćuczynił definicji przebudowy zawartej w art. 3 pkt 7a) ustawy Prawo budowlane. Powyższe stanowisko Izby potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt. KIO 598/17, zgodnie z którym: „ W wyniku analizy ww. dowodów stwierdzono, że rzeczywiście we wszystkich tych dokumentach w tytule spornej inwestycji używane jest słowo „remont". Powyższe nie jest jednak wystarczające do ustalenia, że przedmiotowe roboty w rzeczywistości były „remontem", a nie „przebudową". W ocenie Izby, o kwalifikacji robót nie decyduje nazwa nadana inwestycji przez inwestora lecz rzeczywisty zakres robót. Dopiero przeanalizowanie tego zakresu i odniesienie go do definicji ustawowych pozwalało na stwierdzenie, czy dane roboty były tylko remontem czy już przebudową drogi. Na tę okoliczność dowód przeciwny przedstawił zamawiający. Na podstawie analizy treści SIWZ w postępowaniu dotyczącym spornej inwestycji, popartej treścią pisma samego inwestora tj. Starostwa Powiatowego w Pruszczu Gdańskim z 5 listopada 2015 r. ustalono, że przedmiotem zamówienia były także takie roboty jak: budowa zatok autobusowych, budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej, usunięcie kolizji teletechnicznych, budowa oświetlenia ulicznego, budowa chodników oraz ścieżek rowerowych, ustawienie barier ochronnych. Powyższe wynikało z treści pkt II SIWZ Powiatu Gdańskiego z siedzibą w Pruszczu Gdańskim z 15 marca 2011 r. w sprawie ZP.272-10.11., która korespondowała także z treścią pisma Starostwa Powiatowego w Pruszczu Gdańskim z 5 listopada 2015 r. W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, że w efekcie prowadzonych robót zostały podniesione parametry techniczne drogi. Nie było to zatem żadną miarą jedynie przywrócenie pierwotnego stanu drugi, skoro w ramach wykonanych robót powstały nowe elementy infrastruktury, jak zatoki autobusowe, oświetlenie, kanalizacja deszczowa, ścieżki rowerowe, nie istniejące przed wykonaniem robót. Powyższe wyczerpywało zatem dyspozycję zarówno art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego jak i art. 4 pkt 18 ustawy o drogach publicznych. Wobec powyższego stwierdzono, że omawiana grupa zarzutów nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym".

Tym samym, Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że „ zakres robótzrealizowanych przez GMR w ramach zadania wskazanego w poz. 1 załącznika nr 8, nie mieści się w zakresie definicji ustawowych budowy i przebudowy (..)W ramach przywołanego zadania wykonawca miał do zrealizowania roboty mające na celu jedynie przywrócenie stanu technicznego do pierwotnego a nie polepszenie parametrów użytkowych lub technicznych inwestycji".

Co do zarzutu nr 2, tj. naruszenia przez Zamawiającegoart 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP 1 w zw. 226 ust.1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 PZP poprzez prowadzenie postępowania przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w taki sposób, że Zamawiający nie stosował zapisów SWZ jednakowo do wszystkich wykonawców i nie kierował się przy prowadzeniu postępowania literalnymi zapisami specyfikacji, którą sam sporządził, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba w pierwszej kolejności chciałaby zauważyć, że zarzut ten w ocenie Izby w ogóle nie został uzasadniony ani tym bardziej wykazany, tj. udowodniony przez Odwołującego.

Izba zważa, że zgodnie z art 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższy przepis ustawy PZP należy zwrócić uwagę, że odnosi się on do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zawartych w niej czynów nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, że aby uznać, iż mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym konkretnie polegało działanie wykonawcy (w niniejszej sprawie Przystępującego) oraz zakwalifikowania tego działania jako deliktu określonego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 5 – 17 g ustawy) albo deliktu, który nie jest ujęty w ww. rozdziale, lecz czyn ten odpowiada hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Warto powołać się w tym miejscu na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt I ACa 93/08, zgodnie z którym: „czynem nieuczciwej konkurencji, jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)) lub dobre obyczaje przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta".

Izba zważa, że aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przenoszą powyższe na grunt niniejszej sprawy, zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił łącznego spełnienia powyższych przesłanek, w szczególności nie wykazał, na czym polegałoby naruszenie przez Przystępującego przepisów prawa lub dobrych obyczajów, jak również nie wykazał realności zagrożenia interesów innych przedsiębiorców działających na tym samym rynku.

Poza tym, jak słusznie zauważył Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 26 maja 2023 r.: „Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowania zmierzające do wygrania postępowania za wszelką cenę, poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Zaoferowanie zatem warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji", a z taką sytuacją w ocenie Izby, nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

W konsekwencji zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 204 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu w oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty, która przedstawiała najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego (zarzut nr 3), jest zdaniem Izby niezasadny.

Odnośnie natomiast zarzutu nr 4 (zarzut ewentualny), tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust 1 i 4 PZP. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP poprzez zaniechanie skierowania do GMR wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego w Rozdz. 11.1 pkt 4) SWZ, które zostały zmodyfikowane w dniu 07.03.2023 r. - Informacji o zmianie treści SWZ i zmianie treści ogłoszenia KU.241/pn13_2023/MB l.dz. 9/2023 pomimo obowiązku wezwania do uzupełnienia, które obligatoryjnie powinno poprzedzić czynność wyboru oferty GMR, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

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

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Natomiast w myśl art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Biorąc powyższe przepisy pod uwagę, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, ale tylko i wyłącznie, gdy Wykonawca ich nie złożył, są niekompletne lub zawierają błędy.

Izba nie doszukała się w przedmiotowej sprawie konieczności wzywania Przystępującego do złożenia, poprawienia czy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, czy też do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych

środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP w zakresie: protokołu nr TR.243-102/03/2021 z dnia 03.12.2021 r.; protokołu nr TR.243-102/04/2021 z dnia 11.01.2022 r; protokołu nr TR.243-163/02/2020 z dnia 28.12.2020 r.; protokołu odbioru końcowego z dnia 11.03.2021 r.; protokołu nr TR.243-163/03/2020 z dnia 30.04.2021 r.; referencji z dnia 28 kwietnia 2023 r.

W związku z powyższym, Izba biorąc pod uwagę całokształt sprawy, podziela pogląd Zamawiającego, że złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe w dniu 5 maja 2023 r. były wystarczające do ustalenia, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ roboty budowlane były wykonywane przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego, w związku z czym, w ocenie Izby, Zamawiający miał najlepszą wiedzę na temat wykonanych robót budowlanych przez Przystępującego.

Izba dodatkowo zważa, że referencje z dnia 28 kwietnia 2023 r. nie musiały być brane pod uwagę przez Zamawiającego (dotyczyły one bowiem zadania określonego przez Przystępującego w poz. 3 wykazu robót budowlanych), ponieważ, jak już Izba wcześniej zważyła, Przystępujący spełniał warunki udziału w postępowaniu poprzez wykazanie w wykazie robót budowlanych zadania w pkt 1 i 2.

Nadto Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, że norma prawna zawarta w art. 128 ust. 4 ustawy PZP ma charakter fakultatywny, o czym świadczą słowa: „może żądać", co powoduje, iż nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, że nie skorzystał ze swego uprawnienia.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Pozostały dowód wniesiony przez Odwołującego w postaci szczegółowego zakresu prac objętych usługą, w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ponieważ jak słusznie zauważył Przystępujący: „jest to fragment dokumentacji z innego postępowania, a nie z tego, na które się powołuje Przystępujący na spełnienie warunku".

W konsekwencji zdaniem Izby, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, jak również zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....