

Sygn. akt: KIO 2323/23

## WYROK

z dnia 30 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 22 sierpnia 2023 r. i 25 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 roku **przez odwołującego:** STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Województwo Lubelskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie 20-262 Lublin ul. Bohdana Dobrzańskiego 3

**z udziałem przystępującego:**

WOD-BUD Sp. z o.o. 23-200 Kraśnik ul. J. Piłsudskiego 12 lok 1, **po stronie zamawiającego**  
**orzeka:**

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i:

zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, tytułem wpisu od odwołania

zasądza **od odwołującego:** STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **na rzecz zamawiającego:** Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie 20-262 Lublin ul. Bohdana Dobrzańskiego 3

stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:** .....

### Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 824 Żyrzyn - Puławy - Opole Lubelskie - Józefów - Annapol na odcinku od km ok. 71+590 do km ok. 73+900.

Numer i miejsce publikacji ogłoszenia Biuletyn Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00209663/01 z 09.05.2023.

Odwołanie składane w postępowaniu, w którym wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

### ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej w dalszej części „pzp” wnoszę odwołanie na zaniechania i czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na wykonanie robót budowlanych pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 824 Żyrzyn - Puławy - Opole Lubelskie - Józefów - Annapol na odcinku od km ok. 71+590 do km ok. 73+900.” (dalej: „Postępowanie”) polegające na wyborze oferty wykonawcy WOD-BUD Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 12/1, 23-200 Kraśnik (dalej: Wod-Bud) pomimo, że w świetle przyjętych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, oferta Wod-Bud nie powinna zostać sklasyfikowana jako najkorzystniejsza.

I.Termin.

W dniu 31 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 7 sierpnia 2023 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a) pzp w zw. w art. 8 ust. 1 i 5 pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II.Zarzuty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 239 ust 1 i 2 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wod-Bud w wyniku błędnego uznania, że w zakresie kryterium oceny ofert dot. doświadczenia kierownika budowy opisanego jako „Punktowane będzie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi (w rozumieniu ustawy z dnia 1 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. z 2023 r. poz. 682 z późn.zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 5 000 000,00 zł. (netto) przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora/Zamawiającego.” Wykonawca ten wykazał się wykonaniem przez wskazanego kierownika robót branży drogowej p. P.B. czterema referencyjnymi zadaniami, co uzasadnia przyznanie mu max. liczby punktów w tym kryterium tj. 10 pkt, podczas gdy prawidłowo sklasyfikowana oferta powinna otrzymać w tym kryterium 6 pkt a w konsekwencji zostać sklasyfikowana na drugim miejscu, poniżej ofert Odwołującego, jako że jedno z zadań referencyjnych osoby wskazanej jako kierownik robót drogowych tj. „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” było remontem nie zaś wymaganą budową lub przebudową w rozumieniu przepisów prawa budowlanego

2) art. 16 pkt 1,2 pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Wod-Bud, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przez co też Postępowanie straciło walor przejrzystości.

### III. Wnioski odwołania:

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów pzp, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wod-Bud jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu,
3. dokonanie wyboru oferty Strabag Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

### IV. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp w złożeniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do przyznania Wod-Bud 6 punktów a nie 10 w ramach przyjętego kryterium oceny ofert Doświadczenie kierownika budowy z wagą 10% W rezultacie oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia oferty Wod-Bud Dębica za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów pzp przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym Postępowaniu. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

#### 1. Informacje ogólne.

1. Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 824 Żyrzyn - Puławy - Opole Lubelskie - Józefów - Annopol na odcinku od km ok. 71+590 do km ok. 73+900

2. W rozdziale XIX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający - jako jedno z kryteriów oceny ofert przewidział kryterium pod nazwą „Doświadczenie kierownika budowy - znaczenie kryterium 10 %”, w którym zapisał, że: Punktowane będzie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. z 2023 r. poz. 682 z późn.zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 5 000 000,00 zł. (netto) przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej Inwestora/Zamawiającego.

Przez robotę budowlaną odebraną ostatecznie przez Inwestora/Zamawiającego należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla robót realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru ostatecznego (w przypadku robót budowlanych, na których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Oferty z doświadczeniem kierownika budowy:

- podczas realizacji jednej roboty budowlanej lub bez wskazania doświadczenia określonego powyżej otrzymają liczbę punktów PD= 0
- podczas realizacji 2 robót budowlanych otrzymają punktów PD= 4 podczas realizacji 3 robót budowlanych otrzymają punktów PD=6
- podczas realizacji 4 lub więcej robót budowlanych otrzymają punktów PD=10

W przypadku niewskazania doświadczenia kierownika budowy Wykonawca otrzyma 0 pkt.

3. W formularzu oferty w pkt V Doświadczenie kierownika budowy, Wod-Bud wpisał, że P.P. pełnił funkcję kierownika budowy na kontrakcie „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200”.

4. Pismem z dn. 4 lipca 2023r. Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy, na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie ww. zadania jako że zgodnie z nazwą polegało ono na remoncie nawierzchni nie zaś budowie przy przebudowie drogi i wartości robót co najmniej 5 000 000,00 zł netto.

5. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, Wod-Bud oparł się na definicji przebudowy przyjętej w „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200”. Katalog Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013 wydanym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad wskazując, że

„(...) w pkt 6 Remont nawierzchni opisuje sposoby remontu nawierzchni. Sposób remontu nawierzchni może być w głąb, w górę oraz mieszany przy czym katalog precyzuje:

„Sposób w głąb - remont nawierzchni polegający na wymianie warstwy istniejącej nawierzchni bez korekty niwelety drugi sposób w górę - remont nawierzchni polegający na wykonaniu nakładki (jednej lub kilku warstw) o łącznej grubości poniżej 5 cm bez korekty niwelety. Sposób mieszany

- remont nawierzchni polegający na połączeniu wymiany istniejących warstw i dodaniem nakładki o grubości poniżej 5 cm bez korekty niwelety. ” Zgodnie z w/w katalogiem pkt. 7 przebudowa nawierzchni może być w głąb, w górę oraz w sposób mieszany przy czym katalog precyzuje:

„Sposób w głąb - przebudowa nawierzchni polegająca na wymianie warstw istniejącej nawierzchni ze wzmocnieniem konstrukcji bez podnoszenia niwelety drogi (może jedynie zachodzić konieczność nieznacznej korekty).

Sposób w górę - przebudowa nawierzchni polegająca na wykonaniu nakładki (jednej lub kilku warstw) o grubości wynikającej z koniecznego wzmocnienia konstrukcji.

Sposób mieszany - przebudowa nawierzchni polegająca na połączeniu wymiany istniejących warstw ze wzmocnieniem konstrukcji i z podniesieniem niwelety drogi.”

Z porównania zakresu robót na wykonanym zadaniu z pkt-em 6 i 7 Katalogu Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013 należy stwierdzić, że były to roboty polegające na przebudowie o czym świadczy zmiana niwelety drogi.

Dowód: Pismo Wod-Bud z 6 lipca 2023r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

6. W tym zakresie wyjaśnienia Wod-Bud nie mogą stanowić podstawy uznania, że roboty w ramach zadania „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” były przebudową a nie remontem. Wod-Bud opiera się bowiem na definicjach z Katalog Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013 opracowanym przez GDDKIA podczas gdy SW wyraźnie odsyłał do sposobu rozumienia pojęcia przebudowy i budowy wg. przepisów Prawa budowlanego a ponad to przywołany katalog nie stanowi obowiązującego prawa i aby został wprowadzony jako dokument przetargowy Zamawiający musiałby to przewidzieć.

7. Ponad odwołanie się do nieobowiązującej na gruncie postępowania definicji przebudowy wg. Katalogu Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP- 2013, w uzasadnieniu stanowiska że „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” był przebudową a nie remontem, Wod-Bud wskazał również, że:

„Zakresem przedmiotowej inwestycji od km 397+650 do km 398+450 było dostosowanie konstrukcji nawierzchni do

parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5.

Zgodnie z dokumentacją techniczną Projekt Wykonawczy pkt. 5 Projektowane zagospodarowanie terenu, Wydział Technologii - Laboratorium Drogowe GDDKiA Oddział w Lublinie określił parametry istniejącej nawierzchni jako niewystarczające i określił wymianę istniejącej konstrukcji nawierzchni na konstrukcję odpowiednią do przeniesienia ruchu o natężeniu KR5.

Zgodnie zapisami ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 poz. 682 z późn. zm.) art. 3 pkt 7a wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych, do których kategoria ruchu należy, jest przebudowa.

Dowód: Pismo Wod-Bud z 6 lipca 2023r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

8. Jako drugi z argumentów za uznaniem robót wykonanych na rzecz GDDKiA polegających na wykonaniu prac pod nazwą „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” Wod-Bud wskazał więc dostosowanie konstrukcji nawierzchni do kategorii ruchu KR 5 na odcinku od km 397+650 do km 398+450”.

9. W tym miejscu należy również wskazać, że pismem z dn. 3 lipca 2023r. Zamawiający wystąpił z pytaniem do inwestora tamtego zadania o to czy rzeczona inwestycja stanowiła remont czy przybudowę w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. W odpowiedzi, pismem z 5 lipca 2023r. inwestor zadania pn. „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” wyjaśnił, że w ramach zadania „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 odcinek Pikule - Łążek od km 392+800 do km 400+200” wykonano remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 odcinek Pikule - Łążek od km 392+800 do km 400+200 zawierający m.in. remont istniejącej nawierzchni jezdni, poboczy, zjazdów, przebudowę wglębną przełomów drogowych polegającą na zachowaniu dotychczasowej niwelety drogi, usunięciu starej nawierzchni, częściowej wymianie podłoża i wykonaniu nowej nawierzchni oraz na odcinku zabudowy m. Łążek (przekrój uliczny) od km ok. 397+693 do km 398+470 w ramach zmian w stałej organizacji ruchu na szerokości istniejącej jezdni wykonano przebudowę (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5.

Dowód: pismo z dn. 5 lipca 2023r. ( w aktach sprawy)

10. Inwestor tamtego zadania wykluczył więc jakoby całość zadania była przebudową - wskazując, że na odcinku od km 392+800 do km 400+200 wykonano remont nawierzchni DK nr 19 oraz na odcinku zabudowy (...) od km 397+693 do km 398 + 470 (...) wykonano przebudowę (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5.

11. Inwestor tamtego zadania - GDDKiA, autor Katalogu Przebudów i Remontów (...) po pierwsze zupełnie nie potwierdził stanowiska Wod-Bud o tym, że całość prac stanowiła przebudowę bo była to przebudowa mieszana w rozumieniu opracowań wewnętrznych GDDKiA - co byłoby też bez prawnego znaczenia wobec odesłania w treści analizowanego kryterium do definicji budowy i przebudowy wg. przepisów powszechnie obowiązujących (Prawo budowlane) nie dokumentów wewnętrznych jednego Zamawiającego - GDDKiA, po drugie zaś w odpowiedzi na pytanie czy cała inwestycja była przebudową czy budową w rozumieniu przepisów prawa budowlanego odpowiedział, że na odcinku od km 392+800 do km 400+200 wykonano remont nawierzchni oraz od km 397+693 do km 398+ 470 wykonano przebudowę (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów KR5. De facto więc GDDKiA nie odpowiedziała na pytanie czy inwestycja polegała jedynie na remoncie czy obejmowała również budowę lub przebudowę w rozumieniu Prawa budowlanego pozostawiając Zamawiającemu ocenę czy przebudowa (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR- 5 jest przebudową w rozumieniu przepisów Prawa Budowlanego.

12. Wg. wiedzy i doświadczenia Odwołującego przebudowa (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5 nie stanowi przebudowy w rozumieniu przepisów Prawa Budowlanego a ponad to wartość takich prac na odcinku od km 397+693 do km 398 + 470 (...) tj. na odcinku 778 m nie mogła przekroczyć wymaganych w kryterium 5 000 000,00 zł netto szczególnie w sytuacji gdzie wartość całości robót na odcinku od km 392+800 do km 400+200 tj. na odcinku ok. 10 razy dłuższym (7 km i 400) m wyniosła 5 994 280, 84 zł netto co Odwołujący wykaże w dalszej części odwołania.

13 Zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, do której w SWZ odesłał Zamawiający, przebudowa oznacza „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" (art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane) podczas gdy remont oznacza 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 (art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane).

14. Analogicznie, choć z logicznym ograniczeniem zmiany parametrów do ich podwyższenia, ustawa z dn. 21 marca 1985r. o drogach publicznych (t.j. Dz.U. 2023 poz. 645 z późn. zm.) przebudowa drogi oznacza wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego (art. 4 pkt 18) podczas gdy remont oznacza wykonywanie robót przywracających pierwotny stan drogi, także przy użyciu wyrobów budowlanych innych niż użyte w stanie pierwotnym (art. 4 pkt 19).

15. W celu ustalenia co w przypadku drogi oznacza parametr użytkowy lub techniczny po pierwsze należy sięgnąć do pozostałych definicji ustawowych tj art. 3 pkt 3a który zawiera definicję obiektu liniowego jakim m.in. jest droga. I tak zgodnie z tym przepisem obiekt liniowy to „(...) obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, droga kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable zainstalowane w kanalizacji kablowej, kable zainstalowane w kanale technologicznym oraz kable telekomunikacyjne dowieszone do już istniejącej linii kablowej nadziemnej nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części ani urządzenia budowlanego.

16. Bez wątplenia odpisane w wyjaśnieniach Wod-Bud dostosowanie konstrukcji nawierzchni do parametrów KR5 nie stanowi zmiany długości drogi - jako parametru charakterystycznego drogi jako obiektu liniowego.

17. Dalej, zgodnie z obowiązującymi na dzień realizacji tamtej inwestycji przepisami wykonawczymi do ustawy Prawo budowlane tj. Rozporządzeniem MINISTRA TRANSPORTU I GOSPODARKI MORSKIEJ z dnia 2 marca 1999 sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. 1999 nr 43 poz. 430 z późn. zm.) określającym warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i związane z nimi urządzenia budowlane oraz ich usytuowanie (§1 ust 1ww. Rozporządzenia) oraz stosowanym przy projektowaniu, budowie oraz przebudowie dróg publicznych i związanych z nimi urządzeń budowlanych (...) (§2 ww. Rozporządzenia) zgodnie z §4 ww. Rozporządzenia:

„ 1. W celu określenia wymagań technicznych i użytkowych wprowadza się następujące klasy dróg oraz ich hierarchię, zaczynając od drogi o najwyższych parametrach:

- 1) autostrady, oznaczone dalej symbolem „A”;
- 2) ekspresowe, oznaczone dalej symbolem „S”;
- 3) główne ruchu przyspieszonego, oznaczone dalej symbolem „GP”;
- 4) główne, oznaczone dalej symbolem „G”;
- 5) zbiorcze, oznaczone dalej symbolem „Z”;
- 6) lokalne, oznaczone dalej symbolem „L”;
- 7) dojazdowe, oznaczone dalej symbolem „D”.

2. Droga zaliczona do jednej z kategorii w rozumieniu ustawy o drogach publicznych powinna spełniać wymagania techniczne i użytkowe określone dla następujących klas:

- 1) krajowa - klasy A, S lub GP;
- 2) wojewódzka - klasy GP lub G;
- 3) powiatowa - klasy GP, G lub Z;
- 4) gminna - klasy GP, G, Z, L lub D.

3. Przy przebudowie dróg, o których mowa w ust 2 pkt 1-3, dopuszcza się przyjęcie klasy o jeden poziom niższej.”

18. Zgodnie z przywołanymi przepisami wykonawczymi do ustawy Prawo budowlane wymagania techniczne i użytkowe w zakresie dróg definiowane są poprzez określenie klasy dróg.

19. W ramach zadania w Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” klasa drogi nie uległa zmianie. Zgodnie z dokumentacją przetargową z tamtego

postępowania droga była i jest droga kategorii GP.

Dowód: opis przedmiotu Zamówienia

Projekt budowlany

Co wskazuje, że parametry techniczne i użytkowe drogi, tak jak je definiują przepisy wykonawcze do ustawy Prawo budowlane obowiązujące na dzień realizacji inwestycji (ale i przepisy aktualnie obowiązujące), nie zostały zmienione a to przez ich zmianę Prawo budowlane definiuje pojęcie przebudowy różniąc ją od remontu.

20. Niezależnie od powyższego, należy odnieść do tej części wyjaśnień Wod-Bud o tym, że „Zakresem przedmiotowej inwestycji od km 397+650 do km 398+450 było dostosowanie konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5. ” oraz do tej części wyjaśnień inwestora tamtego zadania w której stwierdził on, że „(...) od km 397+693 do km 398 + 470 (...) wykonano przebudowę (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5 (...)”

21. Po pierwsze zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryterium oceny ofert dot. doświadczenie kierownika budowy Punktowane będzie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. z 2023 r. poz. 682 z późn.zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 5 000 000,00 zł. (netto) przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej Inwestora/Zamawiającego.

22. Tak postawione kryterium wyraźnie wskazuje że punktowane w postępowaniu miało być pełnienie funkcji kierownika budowy/robót na inwestycji polegającej na przebudowie drogi i wartości robót min 5 mln netto nie zaś na inwestycji polegającej na remoncie drogi o wartości min. 5 mln zł netto obejmującym przebudowę. Z treści przyjętego kryterium oceny ofert Zamawiający wyraźnie wyłączył remont wskazując jako doświadczenie referencyjne kierownika budowy/robót doświadczenie w budowie lub przebudowie drogi publicznej w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, i nie ma na tym etapie podstaw do nadawania kryterium oceny ofert treści innej niż wynika to z jego literalnego brzmienia. Zgodnie z art. 240 Pzp Zamawiający opisuje kryterium oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały w tym postępowaniu Zamawiający sprostował temu obowiązkowi posługując się pojęciem ustawowym przebudowy/budowy, wprowadzając odesłanie do ustawy Prawo budowlane w zakresie rozumienia tych pojęć i określając wartość min. tak zdefiniowanych robót jako min. 5 mln. zł.

23. Dokumentacja przetargowa z postępowania „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” nie pozostawia wątpliwości, że tamta inwestycja drogowa polegała na remoncie - podczas gdy kryterium oceny ofert mówi o inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi.

24. Niżej Odwołujący przedstawia wyciąg ze składającego się na SIWZ dokumentu pod nazwą Opis przedmiotu zamówienia (przedstawionego również w załączeniu). I tak:

#### 1. Przedmiot zamówienia

Przedmiotem zamówienia jest realizacja prac z zakresu remontu drogi krajowej nr 19 odc. Pikule - Łążek od km 392+800 do km 400+200 administrowanej przez GDDKiA Oddział w Lublinie.

Integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia jest dokumentacja techniczna (Projekt Wykonawczy).

#### 3. Zakres przedmiotu zamówienia w ramach prac umownych wykonać należy:

remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 odc. Pikule - Łążek od km 392+800 do km 400+200 obejmujący:

- frezowanie nawierzchni,

- remont przełomów,

- oczyszczenie i skropienie nawierzchni,

- wykonanie warstwy wiążącej i ścieralnej,

- uzupełnienie poboczy i zjazdów mieszanką niezwiązaną z kruszywem,

- wykonanie oznakowania poziomego i pionowego;

- wykonanie na odcinku zabudowy m. Łążek (przekrój uliczny) od km ok. 397+693 do km 398+470 powierzchni wyłączzonej do zjazdów (czerwony pas dzielący kierunki ruchu) wraz z wymianą konstrukcji nawierzchni;

-wykonanie lewoskrętów (bez poszerzenia jezdni) za pomocą oznakowania poziomego na skrzyżowaniu drogi krajowej Nr 19 z drogą gminną Nr 108889L w km 397+684 str. prawa.

Dowód: Opis przedmiotu zamówienia, fragment SIWZ w postępowaniu dot. Remontu DK19.

25.Zgodnie z Projektem Wykonawczym dla zadania pn. „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200”

### 3. Przedmiot inwestycji.

Przedmiotem inwestycji jest remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 odcinek Pikule - Łążek od km 392+800 do km 400+200.

Opracowanie swym zakresem obejmuje:

- remont istniejącej nawierzchni jezdni, poboczy, zjazdów obejmujący:

-frezowanie nawierzchni,

-remont przełomów,

-oczyszczenie i skropienie nawierzchni,

-wykonanie warstwy wiążącej i ścieralnej

-uzupełnienie poboczy i zjazdów mieszanką niezwiązaną z kruszywem,

-wykonanie oznakowania poziomego i pionowego;

-wykonanie na odcinku zabudowy m. Łążek (przekrój uliczny) od km ok.397+693 do km 398+470 powierzchni wyłączonej do zjazdów (czerwony pas dzielący kierunki ruchu) wraz z wymianą konstrukcji nawierzchni;

-wykonanie lewoskrętów (bez poszerzenia jezdni) za pomocą oznakowania poziomego na skrzyżowaniu drogi krajowej Nr 19 z drogą gminną Nr 108889L w km 397+684 str. prawa.

### 5. Projektowane zagospodarowanie terenu.

Zakres planowanej inwestycji obejmuje remont nawierzchni bitumicznej drogi krajowej nr 19 od km 392+800 do km 400+200. W ramach planowanych prac geometria drogi nie ulegnie zmianie, jedynie parametry techniczne będą dostosowane do stanu pierwotnego poprzez za-stosowanie nakładki wzmacniającej oraz naprawę istniejących przełomów. W ramach zmiany w stałej organizacji ruchu w Łążku na odcinku od km 397+693 do km 398+470 na szerokości istniejącej jezdni wydzielona zostanie powierzchnia wyłączona z ruchu. Zmiana powierzchni jezdni obciążonej ruchem wymusza konieczność dostosowania konstrukcji nawierzchni do pa-rametrów odpowiadających obciążeniu KR-5. W wyniku badań laboratoryjnych przeprowadzo-nych przez Wydział Technologii - Laboratorium Drogowe GDDKiA Oddział w Lublinie w dniach 27.02 - 03.03.2017r. określono parametry istniejącej nawierzchni w miejscu utwardzonego po-bocza jako niewystarczające dla bieżących potrzeb. Biorąc pod uwagę istniejące zagospodarowanie terenu przyległego do pasa drogowego oraz nowo wykonany chodnik po obu stronach drogi wzmocnienie nawierzchni musi obejmować wymianę istniejącej konstrukcji nawierzchni na konstrukcję odpowiednią do przeniesienia ruchu o natężeniu KR5 bez dodatkowego wynoszenia jezdni w górę. Na odcinku o przekroju szlakuwym za utwardzonym poboczem w ramach prac remontowych pobocze zostanie wzmocnione mieszanką kruszyw niezwiązanych na szerokości 0,50 m oraz wyrównane zostaną zjazdy o nawierzchni z kruszywa w celu dostosowania do poziomu wyremontowanej nawierzchni jezdni. Ponadto na odcinku od km 398+439,50 do km 398+530 pobocze dotychczas gruntowe o szerokości 1,50 m zostanie utwardzone destruktem bitumicznym w warstwie o grubości 15 cm.

Parametry techniczne drogi krajowej nr 19:

-klasa techniczna GP (główna ruchu przyspieszonego)

-prędkość projektowa  $V_p=70$  (50) km/h

-liczba jezdni - 1

-liczba pasów ruchu - 2

-szerokość pasa ruchu - 3,50 m

-szerokość jezdni - 7,00 m

- szerokość pobocza utwardzonego - 2,00 m
- szerokość pobocza gruntowego umocnionego 0,50 m
- szerokość chodników -1,50+2,00 m
- kategoria ruchu KR-5
- obciążenie nawierzchni - 115 kN/oś.

Dowód: Projekt wykonawczy, fragment SIWZ w postępowaniu dot. Remontu DK19.

26. Z przywołanych postanowień jednoznacznie wynika, że remontowana droga DK19 była przed remontem drogą kategorii KR 5. Zakres prac wykonanych w ramach inwestycji nie polegał więc na podniesieniu istniejących parametrów drogi tj. kategorii ruchu z kategorii niższych tj. KR1 - KR4 do kategorii KR 5 a jedynie na wykonaniu na istniejącym obiekcie liniowym robót polegających na odtworzeniu jego stanu pierwotnego tj. istniejącej już kategorii ruchu.

27. Odnośnie prac na odcinku od km 397+693 do km 398 + 470 (...) gdzie jak napisał inwestor tego zadania wykonano przebudowę (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5 to z przedstawionej dokumentacji przetargowej wynika, że na tym odcinku wykonano powierzchnie wyłączoną do zjazdów (tj. czerwony pas - pomiędzy pasami ruchu - dzielący kierunki ruchu i przeznaczony do zjechania w celu skrętu) w wyniku czego pobocza na tym odcinku zostały wzmocnione do istniejącej na całym odcinku KR 5. Nie zmieniono więc kategorii ruchu remontowanej drogi - istniejąca kategoria ruchu drogi została zachowana. Prace na tym odcinku polegały na poszerzeniu jezdni o część pobocza co nie wpłynęło na zmianę kategorii ruchu całej drogi (KR5).

28. Zgodnie z obowiązującymi Przepisami techniczno-budowlanymi dotyczącymi dróg publicznych wprowadzonymi Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 24 czerwca 2022r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz.U. z 2022 poz. 1518)

§ 5 Droga składa się co najmniej:

- 1) z jezdni;
- 2) z poboczy lub usytuowanych w ich miejscu innych części drogi, jeżeli spełniają one co najmniej jedną z funkcji poboczy określoną w przepisach o ruchu drogowym;
- 3) z urządzeń do odwodnienia;
- 4) ze znaków drogowych, sygnalizatorów drogowych lub urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, jeżeli konieczność ich umieszczenia na drodze wynika z przepisów o ruchu drogowym.

Pobocze jest więc elementem drogi i zmiana polegająca na przejściu przez pobocze funkcji jezdni na istniejącej drodze kategorii KR 5 nie stanowi o zmianie kategorii ruchu tejże drogi. Należy tu podkreślić, że Projekt wykonawczy z tamtego postępowania w zakresie prac na odcinku 397+693 - 398 + 470 mówi tak „Zmiana powierzchni jezdni obciążonej ruchem wymusza konieczność dostosowania konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR5”. Mowa jest więc o (dostosowaniu).

Definicja przebudowy wg. przepisów Prawa budowlanego mówi o zmianie parametrów użytkowych obiektu a tym obiektem jest droga na którą składa - ale której nie stanowi - pobocze.

29. Wreszcie wskazać należy, że Zamawiający w treści analizowanego kryterium obniósł się do przepisów Prawa budowlanego pisząc że ma to być budowa lub przebudowa w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. Zadanie pn. „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” została zakwalifikowana jako remont w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. Zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane rozpoczęcie robót co do zasady wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. W określonych przypadkach inwestor jest zwolniony od tego obowiązku nie mniej rozpoczęcie robót poprzedzone jest obowiązkiem ich zgłoszenie do właściwego organu. Kwalifikacja robót w świetle przepisów Prawa budowlanego nie jest więc kwestią późniejszych interpretacji uczestników procesu budowanego ale dokonywana jest na etapie poprzedzającym rozpoczęcie robót kiedy organ administracji architektoniczna - budowlanej rozpatruje prawidłowość zgłoszenia (art. 29 i następane ustawy Prawo budowlane). W tym przypadku za prawidłowe uznane zostało zgłoszenie robót jako remontu.

30. Warto podkreślić, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz.U. z 2019 poz. 1839) do przedsięwzięć mogących potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko zalicza się następujące rodzaje przedsięwzięć: pkt 62) drogi o nawierzchni twardej

o całkowitej długości przedsięwzięcia powyżej 1 km inne niż wymienione w § 2 ust. 1 pkt 31 i 32 lub obiekty mostowe w ciągu drogi o nawierzchni twardej, z wyłączeniem przebudowy dróg lub obiektów mostowych, służących do obsługi stacji elektroenergetycznych i zlokalizowanych poza obszarami objętymi formami ochrony przyrody, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1-5, 8 i 9 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody; To oznaczałoby, że gdyby rzeczona inwestycja polegała na przebudowie drogi na odcinku dłuższym niż 1 km (długość całego zadania powyżej 7 km) to jej realizacja przeprowadzona została niegodnie z obowiązującymi przepisami.

31. Odnośnie wyroku powołanego w wyjaśnieniach przez Wod-Bud jest on nieadekwatny. W sprawie KIO 417/21 chodziło o wykonanie określonego zakresu robót, nie zaś o wykonanie przebudowy w rozumieniu przepisów prawa budowlanego.

32. O tym, że wprowadzenie odwołania w zakresie pojęć użytych w SWZ do definicji Prawa budowlanego wiąże Zamawiającego w ten sposób, że nie może on później dokonywać ocen spełniania warunków czy kryteriów oceny ofert w oderwaniu od tychże przepisów wypowiedział się wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w sprawie KIO 1599/20, KIO 2647/19, KIO 2115/22.

33. W świetle argumentów przedstawionych w poprzednich fragmentach odwołania Postępowania, które zakończyło się wyborem ofert PDM Dębica nie może uznać jako przeprowadzonego z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości. Ocena, a następnie wybór oferty tego wykonawcy determinowane były informacjami przedstawionymi przez Niego informacjami, które jak się okazuje, nie zostały rzetelnie przedstawione, a tym samym doprowadziły Zamawiającego do błędnej oceny wykonawcy PDM Dębica w zakresie podstaw jego wykluczenia. W związku z powyższym, wnoszę jak na wstępie odwołania.

#### **Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 21 sierpnia 2023r.**

Odwołanie nie jest słuszne i powinno zostać oddalone. Istota przedmiotowego postępowania sprowadza się do oceny pkt XIX.3 SWZ i rozumienia przywołanych tam pojęć. W pkt tym wskazano opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednym z kryteriów ustalonych przez Zamawiającego było doświadczenie kierownika budowy, któremu przypisano wartość 10 %. Zapis ten brzmi:

Punktowane będzie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. z 2023 r. poz. 682 z późn.zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 5 000 000,00 zł (netto) przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej Inwestora/Zamawiającego.

Przez robotę budowlaną odebraną ostatecznie przez Inwestora/Zamawiającego należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla robót realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru ostatecznego (w przypadku robót budowlanych, na których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)."

W dalszej części zapisu określono punktację poszczególnych doświadczeń, co w przedmiotowej sprawie ma charakter wtórny.

WOD-BUD Sp. z o.o. w formularzu oferty w pkt V Doświadczenie kierownika budowy wpisał, że Pan P.B. pełnił funkcję kierownika budowy na kontrakcie „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łązek od km 392+800 do km 400+200."

Na podstawie art. 223 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 poz. 1710 z późn. zm.), Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2023 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Załącznika A „Oferta”, w zakresie doświadczenia zawodowego kierownika budowy.

Następnie w odpowiedzi z dnia 6 lipca 2023 r. WOD-BUD Sp. z o.o. wskazał, że dokumentacja techniczna dla inwestycji drogowej pn. Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łązek od km 392+800 do km 400+200 wskazuje, że robota budowlana polegała na przebudowie. Zgodnie z Projektem Wykonawczym inwestycji, „W ramach zadania inwestycyjnego planowane jest wykonanie nakładki wzmocniającej zmieniającej poziom niwelety o 6 cm w stosunku do istniejącej rzędnej w osi jezdni na odcinku od km 392+800 do km 397+650 i od km 398+450 do km 400+200. Na odcinku od km 397+650 do km 398+450 niweleta jest wyniesiona ponad istniejącą rzędną w osi jezdni o max. 9 cm."

W przepisach Prawa budowlanego w art. 3 pkt 7a, na które to przepisy powołał się Zamawiający, zawarto m.in. definicję pojęcia „przebudowa” i „remont”. W pierwszej z definicji pojawiają się dwa kluczowe wyrażenia „parametry użytkowe” i „parametry techniczne”.

Zgodnie z legalną definicją, zawartą w przywołanym akcie prawnym, przez przebudowę należy 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; zaś przez remont 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.

W definicji przebudowy ustawodawca nie podjął się wyjaśnienia pojęć parametry użytkowe lub techniczne, którymi się posłużono.

W orzecznictwie wskazuje się, że przebudowa to szczególny rodzaj wykonywania robót budowlanych. Mają one m.in. doprowadzić do zmiany parametrów użytkowych (np. powiększenie liczby pomieszczeń) lub technicznych (np. zwiększenie przepustowości instalacji) istniejącego obiektu budowlanego (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 października 2019 r. w sprawie II OSK 2847/17, LEX nr 2769050). Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny w Rzeszowie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2019 r. w sprawie II SA/Rz 176/19 (LEX nr 2779268) podkreślił, że przebudowa ma miejsce, jeśli prowadzone są tylko takie roboty budowlane, których efekt końcowy w żaden sposób nie zmienia istniejącej bryły obiektu budowlanego. Natomiast w sytuacji choćby nieznaczącej zmiany tej bryły będziemy mieć do czynienia z rozbudową lub nadbudową istniejącego obiektu budowlanego. Warto podkreślić, że właściwa kwalifikacja zakresu prac może pozwolić na udzielenie odpowiedzi, czy w danym przypadku doszło do przebudowy obiektu. Organ, który kwalifikuje konkretne roboty budowlane jako przebudowę, powinien ustalić czy i w jakim zakresie roboty doprowadziły do zmiany parametrów budynku.

Aby dokonać analizy w tym przedmiocie, pomocnym może okazać się ustalenie znaczenia pojęć „parametr użytkowy” oraz „parametr techniczny”, którymi posłużył się ustawodawca w przywołanym przepisie. W przepisach Prawa budowlanego nie wyjaśniano ich, choć wyraz „parametr” pada tam kilka razy. Zagadnieniem tym zajęto się natomiast w orzecznictwie.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie II OSK 493/09 (LEX nr 597639) wskazał, że z uwagi na brak wyjaśnienia tych pojęć przez ustawodawcę należy posiłkować się wykładnią językową. NSA, opierając się na Słowniku Języka Polskiego (T.II, str. 602, Wydawnictwo Naukowe PWN, Wyd. IX) przyjął, że słowo „parametr” należy rozumieć jako wielkość charakteryzującą materiał lub element z punktu widzenia jego przydatności. Z tego względu NSA uznał, że parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości, wyrażane w jednostkach miary czy też wagi elementów użytkowych, takich jak dach, okna, schody oraz technicznych, takich jak ciężar konstrukcji czy odporność przeciwpożarowa, które występują w przypadku danego obiektu budowlanego.

Analogicznie kwestię tę wyjaśniono w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 25 października 2017 r. w sprawie II SA/Bd 817/17 (LEX nr 2404307). WSA, posilkując się wykładnią językową słowa „parametr” stwierdził, że to wielkość liczbowa wyznaczająca stan układu fizycznego albo charakterystycznego wielkości różnych urządzeń i procesów.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 15 listopada 2019 r. w sprawie VII SA/Wa 874/19 (LEX nr 2768811) stwierdził, że w przypadku przebudowy obiekt może zmienić się np. w ten sposób, że dojdzie do zmiany układu funkcjonalnego budynku - przez zmianę parametrów technicznych, o ile jednak "parametry charakterystyczne" zachowują wielkość sprzed przebudowy. Jak natomiast wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 2 kwietnia 2014 r. w sprawie IV SA/Po 967/13 (LEX nr 1458479) prace polegające na wyburzeniu ściany działowej prowadzą do zmiany parametrów technicznych i użytkowych lokalu bez jednoczesnej zmiany parametrów charakterystycznych budynku, co oznacza że należy uznać je za przebudowę. Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 5 czerwca 2019 r. w sprawie II SA/Po 40/19 (LEX nr 2689565) uznał, że roboty polegające na odłączeniu istniejących grzejników, zaślepieniu odgałęzienia z rur stalowych instalacji centralnego ogrzewania dla całego budynku i montażu nowej instalacji, a także wykonaniu poziomów pod stropem piwnicy oraz podłączeniu przewodów dymowych i wentylacyjnych kotłowni do komina stanowią przebudowę, gdyż mają charakter kompleksowy i w sposób trwały zmieniają parametry użytkowe i techniczne budynku.

W wyroku z dnia 23 listopada 2021 r. Naczelny Sąd Administracyjny, sygn. akt II OSK 1513/21 wskazał, że „Za przebudowę uznaje się w szczególności wymianę na nowe poszczególnych ścian budynku, jako zmieniającą parametry techniczne obiektu”.

Zamawiający dokonując oceny doświadczenia osoby zgłoszonej jako kierownik budowy przyjął zasadę, że nie nazwa

inwestycji ma znaczenie, ale faktyczny zakres wykonywanych robót.

Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia pn. „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” Zamawiający ustalił, że „w ramach zadania inwestycyjnego planowane jest wykonanie nakładki wzmocniającej zmieniającej poziom niwelety o 6 cm w stosunku do istniejącej rzędnej w osi jezdni na odcinku od km 392+800 do km 397+650 i od km 398+450 do km 400+200. Na odcinku od km 397+650 do km 398+450 niweleta jest wyniesiona ponad istniejącą rzędną w osi jezdni o max 9 cm zgodnie z rys. 4 Przekrój podłużny” - str. 5 opisu.

W pkt 8 - Projektowane konstrukcje nawierzchni wskazano, że konstrukcja wzmocnienia nawierzchni jest zależna od sposobu prowadzenia ruchu drogowego oraz stopnia zdegradowania nawierzchni i od kategorii gruntu będącego w podłożu gruntowym na głębokości 1,0 m pod konstrukcją nawierzchni.

W dalszej części opisu wskazano różne rodzaje (typy) projektowanej nawierzchni jezdni.

Typ A określony jako „Projektowana konstrukcja wzmocnienia nawierzchni jezdni od km 392+800 do km 400+200”, czyli na całej długości roboty budowlanej. Zakres tych robót polegał na wykonaniu frezowania korekcyjnego istniejącej nawierzchni o grubości średnio 4 cm, a następnie ułożenie 4 cm warstwy wiążącej z AC16W PMB 25/55-60 i na tak ułożonej warstwie wiążącej 4 cm warstwy ścieralnej AC11S PMB 45/80-55.

W przypadku Typu B, C i D Projektowanej nawierzchni jezdni wskazano, że dochodzi do wymiany wszystkich warstw konstrukcyjnych, czego za remont nie można uznać.

W świetle przywołanych orzeczeń oraz definicji zawartych w ustawie Prawo budowlane należy uznać, że dodanie 4 cm grubości warstwy wiążącej, konstrukcji wzmocnienia nawierzchni, stanowi zmianę parametrów technicznych lub użytkowych.

Należy również wskazać, że Zamawiający w postępowaniu „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” w piśmie z dnia 5 lipca 2023 r., znak O/LU.Z-12.4204.3.2023.ZK jednoznacznie określił, że w przypadku Typu projektowanej nawierzchni B, C i D doszło do przebudowy. Ewidentnie dostosowanie choćby części nawierzchni jezdni do kategorii ruchu, dla której ta część nie była pierwotnie dostosowana, stanowi przebudowę, a nie remont.

„W świetle art 555 PZP Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami wskazanymi w odwołaniu. Oznacza to, że w postępowaniu odwoławczym KIO rozstrzyga tylko w przedmiocie zarzutów, które zostały zgłoszone w odwołaniu. Nie jest możliwe zgłoszenie nowych zarzutów w dalszym toku postępowania odwoławczego (po upływie terminu do wniesienia odwołania) czy też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów po upływie terminu do wniesienia odwołania, np. w piśmie czy na rozprawie. Takie zarzuty nie zostaną przez KIO rozpoznane. Izba nie może również brać pod uwagę przy orzekaniu naruszeń przepisów Pzp niebędących przedmiotem zarzutów, a ujawnionych w toku postępowania odwoławczego” - zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 1371.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Odwołanie dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 824 Żyrzyn - Puławy - Opole Lubelskie - Józefów - Annopol na odcinku od km ok. 71+590 do km ok. 73+900.

Numer i miejsce publikacji ogłoszenia Biuletyn Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00209663/01 z 09.05.2023.

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Odwołujący składając odwołanie,

na podstawie art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej w dalszej części „Pzp” odwołujący wniósł odwołanie na zaniechania i czynności zamawiającego polegające na wyborze oferty wykonawcy Wod-Bud/przystępujący po stronie zamawiającego /przystępujący/wykonawca wybrany pomimo, że w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, oferta Wod-Bud nie powinna zostać sklasyfikowana jako najkorzystniejsza.

### **Co do terminu wniesienia odwołania**

W dniu 31 lipca 2023 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Składając odwołanie w dniu 7 sierpnia 2023 r. odwołujący czyni zadość wymoganiom art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. w art. 8 ust. 1 i 5

Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

#### Zarzuty odwołania:

- 3) Art. 239 ust 1 i 2 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wod-Bud w wyniku błędnego uznania, że w zakresie kryterium oceny ofert dot. doświadczenia kierownika budowy opisanego jako „Punktowane będzie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie drogi (w rozumieniu ustawy z dnia 1 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. z 2023 r. poz. 682 z późn.zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 5 000 000,00 zł. (netto) przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej inwestora/Zamawiającego.” Wykonawca wybrany wykazał wykonanie przez wskazanego kierownika robót branży drogowej P.P. czterech referencyjnych zadań, co uzasadnia przyznanie max. liczby punktów w tym kryterium tj. 10 pkt, podczas gdy prawidłowo sklasyfikowana oferta powinna otrzymać w tym kryterium 6 pkt a w konsekwencji zostać sklasyfikowana na drugim miejscu, poniżej oferty odwołującego, jako że jedno z zadań referencyjnych osoby wskazanej jako kierownik robót drogowych tj. „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” było remontem nie zaś wymaganą budową lub przebudową w rozumieniu przepisów prawa budowlanego,
- 4) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Wod-Bud, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

#### Żądania odwołania:

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu następujących czynności:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wod-Bud jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu,
3. dokonanie wyboru oferty odwołującej jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący, składając odwołanie, następująco wykazał interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp w złożeniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do przyznania Wod-Bud 6 punktów a nie 10 w ramach przyjętego kryterium oceny ofert Doświadczenie kierownika budowy z wagą 10%. W rezultacie oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego i odrzucenia oferty Wod-Bud, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów Pzp przez zamawiającego, odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

Co do postanowień swz (specyfikacja warunków zamówienia) i oferty wykonawcy wybranego stanowiących podstawę wniesienia odwołania:

W formularzu oferty w pkt V Doświadczenie kierownika budowy, Wod-Bud wpisał, że P.P. pełnił funkcję kierownika budowy na kontrakcie „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200”.

Pismem z dn. 4 lipca 2023r. zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy, na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie ww. zadania jako, że zgodnie z nazwą polegało ono na remoncie nawierzchni, nie zaś na budowie czy przebudowie drogi i wartości robót co najmniej 5 000 000,00 zł netto.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, Wod-Bud oparł się na definicji przebudowy, przyjętej dla „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200”, w Katalogu Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013 wydanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad wskazując, że

„(...) w pkt 6 Remont nawierzchni opisuje sposoby remontu nawierzchni. Sposób remontu nawierzchni może być w głąb, w górę oraz mieszany przy czym katalog precyzuje:

„Sposób w głąb - remont nawierzchni polegający na wymianie warstwy istniejącej nawierzchni bez korekty niwelety drogi.  
Sposób w górę - remont nawierzchni polegający na wykonaniu nakładki (jednej lub kilku warstw) o łącznej grubości poniżej 5 cm bez korekty niwelety. Sposób mieszany

- remont nawierzchni polegający na połączeniu wymiany istniejących warstw i dodaniem nakładki o grubości poniżej 5 cm bez korekty niwelety. ” Zgodnie z w/w katalogiem pkt. 7 przebudowa nawierzchni może być w głąb, w górę oraz w sposób mieszany przy czym katalog precyzuje:

„Sposób w głąb - przebudowa nawierzchni polegająca na wymianie warstw istniejącej nawierzchni ze wzmocnieniem konstrukcji bez podnoszenia niwelety drogi (może jedynie zachodzić konieczność nieznacznej korekty).

Sposób w górę - przebudowa nawierzchni polegająca na wykonaniu nakładki (jednej lub kilku warstw) o grubości wynikającej z koniecznego wzmocnienia konstrukcji.

Sposób mieszany - przebudowa nawierzchni polegająca na połączeniu wymiany istniejących warstw ze wzmocnieniem konstrukcji i z podniesieniem niwelety drogi.”

W tym stanie rzeczy, wykonawca wybrany stwierdził, że z porównania zakresu robót na wykonanym zadaniu z pkt-em 6 i 7 Katalogu Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013 należy stwierdzić, że były to roboty polegające na przebudowie o czym świadczy zmiana niwelety drogi (Pismo Wod-Bud z 6 lipca 2023r. - akta postępowania o udzielenie zamówienia zamawiającego).

W złożonym odwołaniu, z tego powodu odwołujący twierdzi, że doświadczenie wykonawcy wybranego było remontem, a nie przebudową, a to z tej przyczyny, że warunki swz posługują się definicją przebudowy z ustawy prawo budowlane, a nie z katalogu GDDKiA.W ten sposób odwołujący podnosi, że definiowanie robót drogowych czy to do remontu, czy to do przebudowy w Katalogu wydanym przez GDDKiA jest niezgodne z tożsamymi definicjami w prawie budowlanym. Cytuję „W tym zakresie wyjaśnienia Wod-Bud nie mogą stanowić podstawy uznania, że roboty w ramach zadania „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” były przebudową a nie remontem. Wod-Bud opiera się bowiem na definicjach z Katalog Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013 opracowanym przez GDDKiA podczas gdy SW wyraźnie odsyłał do sposobu rozumienia pojęcia przebudowy i budowy wg. przepisów Prawa budowlanego a ponad to przywołany katalog nie stanowi obowiązującego prawa i aby został wprowadzony jako dokument przetargowy zamawiający musiałby to przewidzieć”.

Odwołujący argumentował również, że Wod-Bud wskazał:

„Zakresem przedmiotowej inwestycji od km 397+650 do km 398+450 było dostosowanie konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5.” W związku tą okolicznością odwołujący wykazywał, że tylko na tym odcinku to jest niespełna 1 kilometra, można przyjąć, że roboty miały charakter przebudowy i składał na tę okoliczność obliczenia, gdzie wycena tych robót sprowadzała się do kwoty ok.1 600.000 zł. przy wymogu 5 000 000 złotych.

Bowiem zgodnie zapisami ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 poz. 682 z późn. zm.) art. 3 pkt 7a wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych, do których kategoria ruchu należy, jest przebudową. Według odwołującego w pozostałym zakresie nie były to roboty o charakterze przebudowy tylko remontu.

W tym miejscu należy również wskazać, że pismem z dn. 3 lipca 2023r. zamawiający wystąpił z pytaniem do inwestora tamtego zadania o to czy rzeczona inwestycja stanowiła remont czy przebudowę w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. W odpowiedzi, pismem z 5 lipca 2023r. inwestor zadania pn. „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 na odcinku od miejscowości Pikule do miejscowości Łążek od km 392+800 do km 400+200” wyjaśnił, że w ramach zadania „Remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 odcinek Pikule - Łążek od km 392+800 do km 400+200” wykonano remont nawierzchni drogi krajowej nr 19 odcinek Pikule - Łążek od km 392+800 do km 400+200 zawierający m.in. remont istniejącej nawierzchni jezdni, poboczy, zjazdów, przebudowę wglębną przełomów drogowych polegającą na zachowaniu dotychczasowej niwelety drogi, usunięciu starej nawierzchni, częściowej wymianie podłoża i wykonaniu nowej nawierzchni oraz na odcinku zabudowy m. Łążek (przekrój uliczny) od km ok. 397+693 do km 398+470 w ramach zmian w stałej organizacji ruchu na szerokości istniejącej jezdni wykonano przebudowę (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5.(pismo z dn. 5 lipca 2023r. - w aktach sprawy)

Odpowiedź GDDKiA O/Lublin do zamawiającego, odwołujący skwitował, że „Inwestor tamtego zadania wykluczył więc jakoby całość zadania była przebudową - wskazując, że na odcinku od km 392+800 do km 400+200 wykonano remont

nawierzchni DK nr 19 oraz na odcinku zabudowy (...) od km 397+693 do km 398 + 470 (...) wykonano przebudowę (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5.

Całość korespondencji z wykonawcą wybranym w ramach udzielanych wyjaśnień (art.223 ust.1Pzp) jak i korespondencji zamawiającego z inwestorem - GDDKiA -O/Lublin, odwołujący skwitował: „Według wiedzy i doświadczenia odwołującego przebudowa (wzmocnienie) konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5 nie stanowi przebudowy w rozumieniu przepisów Prawa Budowlanego a ponad to wartość takich prac na odcinku od km 397+693 do km 398 + 470 (...) tj. na odcinku 778 m nie mogła przekroczyć wymaganych w kryterium 5 000 000,00 zł. netto szczególnie w sytuacji gdzie wartość całości robot na odcinku od km 392+800 do km 400+200 tj. na odcinku ok. 10 razy dłuższym (7 km i 400) m wyniosła 5 994 280, 84 zł netto(...)”.

Odwołujący przyznaje, co do faktów, „Zakres planowanej inwestycji obejmuje remont nawierzchni bitumicznej drogi krajowej nr 19 od km 392+800 do km 400+200. W ramach planowanych prac geometria drogi nie ulegnie zmianie, jedynie parametry techniczne będą dostosowane do stanu pierwotnego poprzez zastosowanie nakładki wzmacniającej oraz naprawę istniejących przełomów. W ramach zmiany w stałej organizacji ruchu w Łążku na odcinku od km 397+693 do km 398+470 na szerokości istniejącej jezdni wydzielona zostanie powierzchnia wyłączona z ruchu. Zmiana powierzchni jezdni obciążonej ruchem wymusza konieczność dostosowania konstrukcji nawierzchni do parametrów odpowiadających obciążeniu KR-5. W wyniku badań laboratoryjnych przeprowadzonych przez Wydział Technologii - Laboratorium Drogowe GDDKiA Oddział w Lublinie w dniach 27.02 - 03.03.2017r. określono parametry istniejącej nawierzchni w miejscu utwardzonego pobocza jako niewystarczające dla bieżących potrzeb. Biorąc pod uwagę istniejące zagospodarowanie terenu przyległego do pasa drogowego oraz nowo wykonany chodnik po obu stronach drogi wzmocnienie nawierzchni musi obejmować wymianę istniejącej konstrukcji nawierzchni na konstrukcję odpowiednią do przeniesienia ruchu o natężeniu KR5 bez dodatkowego wynoszenia jezdni w górę. Na odcinku o przekroju szlakowym za utwardzonym poboczem w ramach prac remontowych pobocze zostanie wzmocnione mieszanką kruszyw niezwiązanych na szerokości 0,50 m oraz wyrównane zostaną zjazdy o nawierzchni z kruszywa w celu dostosowania do poziomu wyremontowanej nawierzchni jezdni. Ponadto na odcinku od km 398+439,50 do km 398+530 pobocze dotychczas gruntowe o szerokości 1,50 m zostanie utwardzone destruktem bitumicznym w warstwie o grubości 15 cm.”

Odmienne stanowisko do odwołującego, prezentowali zamawiający i przystępujący, co do oceny bezspornie ustalonego stanu faktycznego sprawy.

„Z porównania zakresu robót na wykonanym zadaniu z pkt-em 6 i 7 Katalogu Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013 należy stwierdzić, że były to roboty polegające na przebudowie o czym świadczy zmiana niwelety drogi.

Zgodnie z Projektem Wykonawczym inwestycji, „W ramach zadania inwestycyjnego planowane jest wykonanie nakładki wzmacniającej zmieniającej poziom niwelety o 6 cm w stosunku do istniejącej rzędnej w osi jezdni na odcinku od km 392+800 do km 397+650 i od km 398+450 do km 400+200. Na odcinku od km 397+650 do km 398+450 niweleta jest wyniesiona ponad istniejącą rzędną w osi jezdni o max. 9 cm.”

„W świetle przywołanych orzeczeń oraz definicji zawartych w ustawie Prawo budowlane (odpowiedź zamawiającego) należy uznać, że dodanie 4 cm grubości warstwy wiążącej, konstrukcji wzmocnienia nawierzchni, stanowi zmianę parametrów technicznych lub użytkowych”.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie przeprowadzonych dowodów w sprawie oraz dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego oraz złożonych w toku postępowania odwoławczego pism procesowych stron i uczestnika (akta sprawy) oddaliła odwołanie uznając, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający nie naruszył przepisów obowiązującego prawa, a w szczególności postanowień swz, które miałyby istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba szereg dowodów przywoływanych zarówno przez odwołującego, jak i przystępującego nie dopuściła z uwagi, że nie służyły one wyjaśnieniu sprawy, czyli były bezużyteczne ( vide protokół z p[rocesu]posiedzenia i rozprawy w dniach 22 i 25 sierpnia 2023r.). Dowody te polegały na ocenie przez zamawiającego GDDKiA O/Lublin, czy też organy administracji architektoniczno - budowlanej Wojewody Lubelskiego, co do kwalifikacji przedmiotowych robót budowlanych na drodze krajowej Nr 19. Na której to wykazano doświadczenie Pana P.B. jako kierownika budowy na zadaniu ok. 5.900.000 złotych. Powyższa kwota wypełniała warunek swz co do przyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert, za doświadczenie kierownika budowy.

Spór dotyczył zagadnienia czy roboty drogowe na odcinku od m. Pikule do m. Łążek dotyczyły remontu czy przebudowy. Jak powyżej wskazywano punkty w ramach kryterium oceny ofert za doświadczenie kierownika budowy można było

uzyskać, jeżeli roboty polegały na budowie lub przebudowie drogi. W toku procesu odwołujący wykazywał, że sporne roboty były remontem, a nie przebudową, od której to kwalifikacji robót zależało przyznanie punktów. Odwołujący przyznał, że na terenie wsi Łążek roboty mogły mieć charakter przebudowy (czerwony pas dzielący kierunki ruchu, przejście dla pieszych), ale roboty te wynosiły ok. 1.690.000zł., a nie jak było wymagane dla przyznania punktów 5.000.000 złotych. W pozostałym zakresie odwołujący wykazywał, że były to remonty, tak jak potwierdzały to dokumenty zamawiającego i organów nadzoru budowlanego wystawione dla tego zadania. Z kolei zamawiający jak i przystępujący wykazywali, że na całej trasie robót drogowych miała miejsce przebudowa. Na tę okoliczność przywoływali, że na całej długości urządzono pobocze z kruszywa uzyskanego w wyniku robót frezowania warstwy ścieralnej nawierzchni. Poza tym podnosili, że po zdjęciu w wyniku frezowania warstwy ścieralnej nawierzchni, położono na całej długości drogi dodatkową warstwę wiążącą, na dotychczasową – zmieniającą poziom niwelety o 6 cm w stosunku do istniejącej rzędnej w osi jezdni (opis przedmiotu zamówienia, projekt wykonawczy, protokół odbioru ostatecznego - w aktach sprawy). Zdaniem zamawiającego i przystępującego dodanie dodatkowej warstwy wiążącej ponad dotychczasową warstwę wiążącą stanowi też o zmianie cech użytkowych drogi, które kwalifikują roboty do przebudowy, a nie do remontu. W konsekwencji powyższego zamawiający i przystępujący argumentowali wystąpienie przebudowy drogi, a nie remontu drogi, także poza terenem zabudowanym. Czyli świadczyć miało o tym urządzenie pobocza drogi z kruszywa o szerokości 0.50m oraz położenie na drodze dodatkowej warstwy wiążącej, oprócz położenia w miejsce sfrezowanej warstwy ścieralnej, nowej warstwy ścieralnej.

Odwołujący uważał, że roboty objęte przedmiotem sporu miały charakter remontu, ponieważ tak to wynikało z nazwy przedsięwzięcia, uruchomione zostały na podstawie zgłoszenia, a nie pozwolenia na budowę, nie miały badań wpływu na środowisko, a powyższe jest wymagane przy budowie, czy przebudowie drogi. Ponadto po wykonanych robotach nie zmieniła się kwalifikacja drogi w związku z jej dopuszczalnym obciążeniem. Na te okoliczności odwołujący składał oświadczenie Projektantki Pani mgr inż.. Ewy Musz, która oświadczyła, że roboty na które wykonała dokumentację techniczną były remontem. Izba między innymi tego dowodu nie dopuściła, ponieważ o charakterze robót decyduje inwestor/zamawiający a nie Projektant, który ma inne zadanie niż kwalifikowanie charakteru robót. Ponadto odwołujący przedstawiał, dowody takie jak korespondencja z zamawiającym (GDDKiA O/Lublin), jak i z organami nadzoru budowlanego Wojewody Lubelskiego, którzy potwierdzili, że zadania miało nazwę, czy też charakter remontu. W ocenie Izby te dowody odwołującego, nie służą wyjaśnieniu sprawy, dlatego też Izba ich nie dopuściła w poczet materiału dowodowego. W szczególności z powodu, że zadanie miało oficjalną nazwę „remontu”, w związku z tym oczywistym jest, że zamawiający, ani organy nadzoru budowlanego nie zmieniają oficjalnej kwalifikacji przyjętej do wykonania zadania. Dlatego też Izba do ustalenia stanu faktycznego rodzaju wykonywanych robót przyjęła takie dokumenty jak opis przedmiotu zamówienia, dokumentację techniczną – projekt wykonawczy, projekt stałej organizacji ruchu oraz protokół odbioru ostatecznego.

Izba też stwierdza, że nie było przedmiotem sporu jakie faktycznie roboty były wykonane, ale spór dotyczył ich kwalifikacji prawnej, w obowiązującej nomenklaturze ustawy prawo budowlane, to jest czy była to przebudowa, czy remont drogi.

Odwołujący twierdził, że nie zmieniły się ani cechy użytkowe, ani cechy techniczne w wyniku robót drogowych na odcinku od m. Pikule do m. Łążek. Poza tym uważał, że skoro swz zamawiającego powołuje się na prawo budowlane, to nie może służyć jako wykładnia przywoływany przez zamawiającego i przystępującego w.w. Katalog wydany przez GDDKiA.

Izba zgadza się co do zasady ze stanowiskiem odwołującego, że Katalog nawet wydany przez organ profesjonalny jakim jest GDDKiA nie może zmieniać ustawy prawo budowlane i być niezgodnym z treścią tej ustawy. Niemniej takiej okoliczności to jest niezgodności z ustawą prawo budowlane Katalogu GDDKiA Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013 odwołujący nie wykazał. Odwołujący podnosił, że Katalog GDDKiA nie może stanowić wykładni co do definicji przebudowy, ponieważ w przedmiotowym swz zamawiający przywołuje ustawę prawo budowlane, a nie w. w. Katalog.

Poza tym odwołujący podnosił, że dla oceny rodzaju robót drogowych (remont czy przebudowa) ma znaczenie nazwa zadania, pod którym były realizowane roboty. Bowiem o rodzaju robót decyduje kwalifikacja tych robót przez zamawiającego i organy nadzoru budowlanego, od których decyzji zależy czy roboty wykonywane są na zgłoszenie, czy na pozwolenie na budowę. Odwołujący twierdził, że był to remont, a nie przebudowa, ponieważ świadczą o tym takie okoliczności jak, że roboty były wykonywane na zgłoszenie, a nie na pozwolenie na budowę oraz nie miały wymaganej przy przebudowie opinii o oddziaływaniu inwestycji na środowisko.

W ocenie Izby, nawet gdyby wykonywano zadanie na podstawie niewłaściwej kwalifikacji zadania przez zamawiającego, czy decyzji organu nadzoru budowlanego, czy braku opinii o wpływie na środowisko, to nie zwalnia Izby z badania i kwalifikacji zadania, wobec zaistniałego sporu. Bowiem decydujące znaczenie w niniejszej sprawie, bez względu

kwalifikacje rodzaju robót, ma fakt ich dopuszczenia przez właściwe organy do użytkowania, co też było jednym w wymogów specyfikacji warunków zamówienia.

Izba odnosząc się do przedmiotu sporu (remont czy przebudowa drogi) to rozstrzygnięcie opiera o prawo budowlane, ale także o definicje w. w. Katalogu GDDKiA, która sporny przedmiot z uwagi na rodzaj robót (na całym odcinku drogi - pobocze z kruszywa i dodatkowa warstwa wiążąca oraz pas czerwony na lewoskręty i przejście dla pieszych w m. Łążek), kwalifikuje do przebudowy.

Ustawa prawo budowlane odróżnia remont od przebudowy tym, że remont to jest przywrócenie obiektu budowlanego do stanu poprzedniego/pierwotnego, nawet z dopuszczeniem innego rodzaju materiałów, a przebudowa to zmiana parametrów technicznych lub użytkowych przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby zweryfikowany zakres robót na drodze krajowej nr 19 gdzie kierownikiem robót był Pan P.B., wskazuje na przebudowę, a nie remont drogi. Pojęcia parametry techniczne lub użytkowe są identyfikowane i na co dzień używane w języku potocznym, zarówno przez profesjonalistów, jak i ogół społeczeństwa i w niniejszej sprawie nie budzą wątpliwości, przy ocenie zawistego sporu.

Podsumowując zaistniały spór Izba stwierdza, że zamawiający dochował wszelkiej staranności korzystając z dyspozycji art.223 ust.1 Pzp i wyjaśniając co faktycznie było przedmiotem robót drogowych w związku z nazwaniem ich remontem, wbrew ich przedmiotowi.

Resumując powyższe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

**Przewodniczący:.....**