

Sygn. akt: KIO 3414/20

WYROK
z dnia 22 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **KD Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Zachodniopomorskie**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym przyznanie Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych”, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Zachodniopomorskie**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KD Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Województwa Zachodniopomorskiego**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Koszalinie** na rzecz **KD Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 20202) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Zachodniopomorskie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie projektem „Budowa obejścia m. Trzebiatów - połączenie drogi wojewódzkiej nr 103 i nr 102. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31.07.2020r. pod poz. 2020/S147-361511.

W dniu 18.12.2020r. Odwołujący - KD Inżynieria sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w sytuacji gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy PPU MARKUB T. H. jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert;
2. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nieprzyznanie ofercie Odwołującego 16 punktów w kryterium oceny pn. "Doświadczenie Inżyniera Projektu" (Dział XVI pkt 2 lit. b SIWZ), podczas gdy Odwołujący legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Inżyniera Projektu, na 4 projektach spełniających warunki określone przez Zamawiającego, w tym zdobytych przy zadaniu pn. "Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki- Trzcińsko Zdrój - etap I" w okresie od dnia 6 kwietnia 2018 r. do dnia 15 października 2018 r.
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nieprzyznanie ofercie Odwołującego 16 punktów w kryterium oceny pn. "Doświadczenie Inżyniera Projektu" (Dział XVI pkt 2 lit. b SIWZ), podczas gdy Odwołujący legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Inżyniera Projektu, na 4 projektach spełniających warunki określone przez Zamawiającego, w tym zdobytych przy zadaniu pn. "Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki- Trzcińsko Zdrój - etap II" w okresie od dnia 6 kwietnia 2018 r. do dnia 15 października 2018 r.
4. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nieprzyznanie ofercie Odwołującego 24 punktów w kryterium oceny pn. „Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych" (Dział XVI pkt 2 lit. c SIWZ), podczas gdy Odwołujący wykazał, że wskazany przez niego Inspektor Nadzoru Robót Drogowy cli legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy, robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego, na 4 projektach spełniających warunki określone przez Zamawiającego, w tym zdobytych

przy zadaniu pn. „Budowa obiektów mostowych MA 16, MA 18 na autostradzie A-2” w okresie od dnia 8 grudnia 2002 r. do dnia 7 stycznia 2004 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia procesu badania i oceny oferty w postępowaniu i przyznanie Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Inżyniera Projektu” oraz „Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych”,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:
 - a. okładki projektu budowlanego dla zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna odc. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I i etap II na fakt spełnienia kryteriów Zamawiającego ponieważ przedmiot zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna odc. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I i etap II obejmował budowę drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych, co oznacza, że K. S. pełniąc na nim funkcję Inżyniera Projektu spełnił kryteria oceny ofert ustalone przez Zamawiającego, a także przedmiotem usługi objętej tym zadaniem było pełnienie funkcji Inżyniera Projektu nad robotami obejmującymi przebudowę dróg publicznych;
 - b. decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych z dnia 12 czerwca 2013 r. na fakt posiadania uprawnień przez K. S. w specjalności drogowej bez ograniczeń, możliwości pełnienia funkcji inspektora nadzoru jedynie w zakresie specjalności drogowej, bezzasadności odmowy przyznania punktów za zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna odc. Siekierki- Trzcińsko Zdrój” - etap I i etap II;
 - c. planu poglądowego dotyczącego zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna odc. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I i etap II;
 - d. zakresu prac na drodze wojewódzkiej DW 126 - projekt zagospodarowania terenu dla zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna odc. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I;
 - e. przykładowego detalu skrzyżowania ścieżki rowerowej z drogami publicznymi

- realizowanymi w ramach zadań: „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I i etap II;
- f. przykładowego detalu zjazdu publicznego dla zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” - etap II;
 - g. planu orientacyjnego przebiegu ścieżki rowerowej między innymi w pasie drogi krajowej DK 31 realizowanej w ramach zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” - etap II;
 - h. projektu wykonawczego „Przebudowa drogi krajowej nr 31 w zakresie budowy ścieżki rowerowej i zatoki autobusowej w m. Godków Osiedle strona prawa” realizowanego w ramach zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” - etap II;
 - i. wycenionych przedmiarów robót dla zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” - etap I;
 - j. wyceniony przedmiarów robót dla zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” - etap II; na fakt wykonania przez Odwołującego w ramach zadań „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” - etap 1 oraz etap II usług polegających na zarządzaniu projektem, którego przedmiotem była budowa i przebudowa skrzyżowań drogi rowerowej z drogami publicznymi, konieczności przebudowy dróg publicznych, prowadzenia drogi rowerowej w pasie drogi publicznej, co oznacza, że zrealizował nadzór nad usługami polegającymi na budowie lub przebudowie drogi publicznej;
 - k. decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych z dnia 7 lipca 1998 r. dla P. G.;
 - l. wyjaśnień PIIB z dnia 12 listopada 2020 r. w przedmiocie wyjaśnień zakresu uprawnień budowlanych w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, a uprawnień w zakresie dróg i mostów; na fakt posiadania przez P. G. uprawnień budowlanych do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie dróg i mostów, spełnienia kryteriów Zamawiającego oceny ofert ponieważ wskazany przez Odwołującego P. G. posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane w zakresie specjalności drogowej;
 - m. dziennika budowy dla zadania "Budowa obiektów mostowych MA 16, MA 18 na autostradzie A-2";
 - n. oświadczenie P. G., na fakt sprawowania przez P. G. funkcji kierownika budowy drogi publicznej w rozumieniu ustawy o drogach publicznych, kierowania budową przez P. G. zarówno w zakresie budowy drogi publicznej jaki i drogowego obiektu inżynierskiego, spełnienia kryteriów Zamawiającego oceny ofert, bezzasadności odmowy przyznania punktów za zadanie "Budowa obiektów mostowych MA 16, MA

18 na autostradzie A-2" - poświadczona za zgodność z oryginałem kopia dziennika budowy zostanie przedłożona przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów Odwołujący podniósł, że jego oferta otrzymała 86 punktów i zajęła drugie miejsce w rankingu oceny ofert, przed ofertą PPU MARKUB T. H., która otrzymała 91,05 pkt.

W zakresie oceny „Doświadczenia Inżyniera Projektu” Zamawiający przyznał Odwołującemu jedynie punkty za 2 zadania, bowiem uznał, iż zadania pod pozycją 2 i 3 o nazwie „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I i etap II dotyczą budowy drogi dla rowerów, a nie budowy drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. Skutkowało to uznaniem, iż wskazane zadania nie spełniają kryteriów Zamawiającego i przyznaniem jedynie 8 zamiast 16 punktów za doświadczenie Inżyniera Projektu (Dział XVI pkt 2 lit. b SIWZ).

Po drugie w zakresie „Doświadczenia Inspektora Nadzoru Robót Drogowych” Zamawiający przyznał Odwołującemu jedynie 18 punktów za 3 zadania, bowiem uznał, że wskazane w ofercie zadanie pod pozycją nr 2 dotyczy budowy wyłącznie obiektów mostowych, a nie budowy drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych, a co za tym idzie, nie zostały spełnione kryteria Zamawiającego umożliwiające przyznanie maksymalnej liczby punktów ustalone w tym zakresie (Dział XVI pkt 2 lit. c SIWZ).

Odwołujący nie zgodził się z przyznaną punktacją i podniósł, że legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Inżyniera Projektu, spełniającym warunku określone przez Zamawiającego, zdobytym przy realizacji zadań „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki- Trzcińsko Zdrój”- etap I oraz za zadanie „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki- Trzcińsko Zdrój” - etap II.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w treści kryterium Doświadczenie Inżyniera Projektu dział XVI pkt 2 lit. b SIWZ nie określił jakich dokładnie dróg dotyczą określone kryteria, wskazał jedynie, że pod pojęciem dróg rozumie drogi publiczne określone w ustawie o drogach publicznych. Wskazał, że droga rowerowa jest drogą i mieści się w definicji legalnej drogi. W rozumieniu bowiem przepisów o drogach publicznych droga to budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym (art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych), droga rowerowa zaś to droga przeznaczona do ruchu rowerów albo rowerów i pieszych, z której może korzystać każdy,

zgodnie z jej przeznaczeniem (art. 4 pkt 11a ustawy o drogach publicznych).

Projekty budowlane sporządzone w ramach zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I i etap II projekt budowlany, na podstawie których zadania zostały wykonane wskazują, iż odnoszą się one do branży drogowej, a jako kategorię obiektu budowlanego wskazują kategorię XXV - drogi (droga rowerowa).

Zamawiający nie uszczegółowił rodzaju drogi jakie będą podlegać punktowaniu. W SIWZ zostało jedynie wskazane, że za drogę uznaje drogę publiczną w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. Odwołujący wskazał, że p. K.S. legitymuje się uprawnieniami budowlanymi specjalności inżynierskiej drogowej, co oznacza, że ma on uprawnienia do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym jakim jest droga w rozumieniu ustawy o drogach publicznych lub drogi dla ruchu i postojów statków powietrznych. W zanegowanych przez Zamawiającego zadaniach zarówno projektant jak i inspektor posiadali uprawnienia w specjalności drogowej, które uprawniają do kierowania i projektowania obiektów drogowych w rozumieniu ustawy o drogach publicznych.

Odwołujący podniósł, że , iż zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem droga, która znajduje się w pasie drogowym drogi publicznej jest jej elementem. Jak wskazuje Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 29 września 2017 roku, wydanym w sprawie o sygn.. akt VII SA/WA 1646/17 *„droga rowerowa, znajdująca się w pasie drogowym drogi publicznej, jest elementem tej drogi, co prowadzi do wniosku, że dobudowanie drogi rowerowej w pasie drogowym istniejącej drogi jest inwestycją dotyczącą istniejącej drogi (stanowi jej przebudowę).”*

Oznacza to, że dobudowanie drogi rowerowej w istniejącym pasie drogi publicznej stanowi przebudowę drogi publicznej. W niniejszej zaś sprawie budowa drogi rowerowej w ramach zadania „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I i etap II obejmowała przebudowę istniejących dróg publicznych: gminnych, powiatowych i wojewódzkich w postaci skrzyżowań wskazanych dróg z drogą rowerową oraz prowadzenia drogi rowerowej w pasie drogi gminnej, co ukazują rysunki projektu wykonawczego zadania oraz detale przebudowy skrzyżowań, które są analogiczne dla wszystkich gmin i które ukazują, iż przebudowie uległy skrzyżowania dróg publicznych wraz z budową oświetlenia. Odwołujący wskazał w odwołaniu na odcinki, gdzie budowa drogi rowerowej krzyżowała się z drogami publicznymi i stanowiła przebudowę drogi publicznej. Ponadto część drogi rowerowej prowadzona była w pasie drogowym istniejącej drogi publicznej, co ukazuje projekt wykonawczy pt. „Przebudowa drogi krajowej nr 31 w

zakresie budowy ścieżki rowerowej i zatoki autobusowej w m. Godków Osiedle strona prawa". Droga rowerowa na tym odcinku znajduje się w pasie drogi krajowej nr 31 oraz drogi powiatowej (działki 292, 287, 63). Budowa zaś drogi w pasie drogowym istniejącej już wcześniej drogi publicznej stanowi przebudowę drogi publicznej.

O fakcie, że zadanie „Budowa sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna ode. Siekierki - Trzcińsko Zdrój” etap I i etap II dotyczyło przebudowy drogi publicznej w rozumieniu ustawy o drogach publicznych świadczy również dokumentacja zadania w postaci zestawienia wycenionych przedmiarów robót dla etapu I i II zadania, które wprost wskazują, że dotyczą branży drogowej. Odwołujący podał prace polegające na przebudowie dróg publicznych, które zostały ujęte w wycenionych przedmiarach robót.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaś nie uściślił w kryteriach oceny ofert ile ma wynosić długość drogi publicznej, której punktowane zadanie dotyczy. Wobec tego niedopuszczalne jest nieuznanie przedstawionego do oceny zadania na tej podstawie. Skoro bowiem Zamawiający nie wskazał minimalnego odcinka długości drogi publicznej, którego dotyczyć ma zadanie to każde zadanie obejmujące nawet fragment przebudowy drogi publicznej winno być punktowane.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp przez nieprzyznanie ofercie Odwołującego punktów w kryterium oceny pn. "Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych", za zadanie pn. "Budowa obiektów mostowych MA 16, MA 18 na autostradzie A-2", podczas gdy Odwołujący wykazał, że wskazany przez niego Inspektor Nadzoru Robót Drogowych legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy, spełniającym warunki określone przez Zamawiającego, zdobytym przy wskazanym zadaniu.

Odwołujący wskazał, że droga w rozumieniu przepisów o drogach publicznych to budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym (art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych). Drogowy obiekt inżynierski zaś to obiekt mostowy, tunel, przepust i konstrukcję oporową (art. 4 pkt 12 ustawy o drogach publicznych). Obiekt mostowy z kolei to budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę, (art. 4 pkt 13 ustawy o drogach publicznych). Z powyższego wynika, iż most jest obiektem mostowym, który jest drogowym obiektem inżynierskim, a drogowy obiekt inżynierski jest elementem drogi. Droga zaś według definicji legalnie zawartej w prawie budowlanym to również budowla. Budowla to każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe (art. 3 pkt 3 ustawy prawo budowlane). Obiekt liniowy to obiekt

budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami (art. 3 pkt 4 ustawy prawo budowlane). Powyższe prowadzi do wniosku, że droga w rozumieniu ustawy o drogach publicznych to droga jako obiekt liniowy- budowla wraz z mostem. Oznacza to, że droga występuje tu w dwóch znaczeniach - szerszym jako całość w postaci mostu - jako budowli służącej do przeprowadzenia drogi wraz z drogą i węższym „drogą właściwą”- obiektem liniowym zlokalizowany na moście.

Ponadto, wskazany przez Odwołującego Inspektor Nadzoru Robót Drogowych P. G. posiada uprawnienia budowlane nadane decyzją z dnia 7 lipca 1998 r. do kierowania budową i robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej, które uprawniają do kierowania budową i robotami budowlanymi w specjalności zarówno drogowej jak i mostowej. Uprawnienia budowlane bowiem do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie dróg i mostów, od dnia wejścia w życie ustawy - Prawo budowlane z 1994 r. mieściły się w zakresie specjalności konstrukcyjno- budowlanej. Oznacza to, że wskazany przez Odwołującego P. G. może występować w podwójnej roli - zarówno jako kierownik budowy/robót w przedmiocie budowy drogi jak i budowy drogowego obiektu inżynierskiego. Na wskazanym zadaniu P. G. nie tylko pełnił funkcję kierownika budowy w zakresie budowy drogowego obiekt inżynierskiego ale i budowy drogi jako budowli- obiektu liniowego przebiegającej po obiekcie mostowym. Oznacza to, że nadzorował budowę zarówno mostu mającego za zadanie przeprowadzenie drogi - w tym wypadku autostrady A-2, ale i budowę samej drogi w wąskim znaczeniu - jako obiekt liniowy zlokalizowany na moście. w żadnym wypadku nie można uznać odmowy punktowania wskazanego zadania przez Zamawiającego. Wskazany przez Odwołującego Inspektor Nadzoru Robót Drogowych w ramach nieuznanego zadania kierował budową drogi nie tylko w znaczeniu ustawy o drogach publicznych- jako budowli wraz z drogowym obiektem inżynierskim ale i w znaczeniu ustawy prawo budowlane - jako obiekt liniowy będący budowlą. Zamawiający określił, że punktować będzie budowę drogi. Nie wykluczył przy tym sytuacją że punkty powinny być przyznane również gdy jedno i to samo zadanie obejmuje równocześnie budowę drogi jak i obiektu mostowego. Budowa drogi publicznej na obiekcie mostowym wymaga stosowania przepisów określonych w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie z dnia 2 marca 1999 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 124). Oznacza to, że zarówno droga na obiekcie mostowym jak i droga przebiegająca po gruncie budowana jest według tych samych przepisów

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

1. cena oferty – 60pkt,
2. Doświadczenie Inżyniera Projektu – 16 pkt,
3. Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych – 24 pkt.

W kryterium „Doświadczenie Inżyniera Projektu” – 16 pkt, Zamawiający podał, że będzie przyznawał punkty, jeśli Inżynier Projektu pełnił z ramienia Zamawiającego (w rozumieniu definicji zawartej w art. 2 ust. 12 ustawy Pzp) funkcję Inżyniera Kontraktu (Projektu) lub Kierownika Projektu lub równoważną nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy (w przypadku, gdy inwestycja trwała krócej to przez cały okres trwania robót budowlanych) na projekcie (zadaniu) polegającym na: budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane tj. Dz. U. 2019.1186 ze zm.) drogi o wartości robót min. 7 mln brutto.

Zamawiający podał, że za 4 i więcej projekty przyzna 16 pkt, za 3 projekty – 12 pkt, za 2 projekty – 8 pkt, za 1 projekt – 4 pkt.

W kryterium „Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych” - 24 pkt, Zamawiający podał, że będzie przyznawał punkty, jeżeli Inspektor Nadzoru Robót Drogowych pełnił funkcję Kierownika budowy, robót lub Inspektora nadzoru inwestorskiego nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy (w przypadku, gdy inwestycja trwała krócej to przez cały okres trwania robót budowlanych) na projekcie (zadaniu) polegającym na: budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane tj. Dz. U. 2019.1186 ze zm.) drogi o wartości robót min. 7 mln brutto.

Zamawiający podał, że za 4 i więcej projekty przyzna 24 pkt, za 3 projekty - 18 pkt, za 2 projekty - 12 pkt, za 1 projekt - 6 pkt.

W tabeli pod opisem kryteriów oceny ofert, Zamawiający podał, że „Pod pojęciem dróg, Zamawiający rozumie drogi publiczne określone w ustawie z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych tj. Dz.U 2018, poz. 2068 ze zm. lub drogi będące ich odpowiednikami w państwach Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i państwach będących stronami umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska”.

W dniu 10.12.2020r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty PPU MARKUB T. H. jako najkorzystniejszej, która uzyskała łącznie w kryteriach oceny ofert 91,05 pkt (cena - 51,05 pkt, „Doświadczenie Inżyniera Projektu” - 16 pkt, „Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych” - 24 pkt).

Oferta Odwołującego, zajęła drugą pozycję w rankingu ofert i otrzymała łącznie 86 pkt (cena - 60 pkt, „Doświadczenie Inżyniera Projektu” - 8 pkt, „Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych” - 18 pkt.

W kryterium „Doświadczenie Inżyniera Projektu” Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów za zadania nr 2 i 3 wykazu dotyczące „Budowy sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna odc. Siekierki - Trzcińsko Zdrój - etap I oraz etap II., stwierdzając, że dotyczyły one budowy drogi dla rowerów a nie budowy drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych.

W kryterium „Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych” Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów za zadanie nr 2 dotyczące „Budowy obiektów mostowych MA16, MA 18 na autostradzie A-2”, bowiem dotyczyło ono budowy obiektów mostowych a nie budowy drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Izba dopuściła wnioskowane przez Odwołującego dowody z dokumentów, wymienionych w treści odwołania oraz złożone przez strony w toku postępowania przed Izbą: fragmenty projektów wykonawczych, oświadczenie EnergoPol, protokoły rzeczowo – finansowe, protokół dodatkowy wykonania robót oraz analizę przebiegu ścieżki rowerowej na odc. Siekierki – Trzcińsko- Zdrój.

W zakresie nieprzyznania punktacji ofercie Odwołującego w kryterium „Doświadczenie Inżyniera Projektu” za zadania dotyczące „Budowy sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna odc. Siekierki - Trzcińsko Zdrój - etap I oraz etap II., Izba uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa.

Zdaniem Izby, wykazane przez Odwołującego doświadczenie polegające na budowie sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego I i II etap nie spełnia wymagań opisanych w kryterium „Doświadczenie Inżyniera Projektu”. Nie ulega wątpliwości, że dla przyznania dodatkowej punktacji w tym kryterium Zamawiający wymagał wykazania zadań polegających na budowie lub przebudowie drogi o wartości robót min. 7 mln brutto. Przy czym Zamawiający sformułował, że pod pojęciem drogi rozumie drogi publiczne określone w ustawie o drogach publicznych.

Zgodnie z definicją drogi publicznej, wynikającą z ustawy z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych (Dz.U. 2020, poz. 470 ze zm.) drogą publiczną jest droga zaliczona na podstawie ustawy do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w ustawie lub innych przepisach szczególnych. Drogi publiczne, zgodnie z art. 2 ust. 1 tej ustawy, dzielą się na następujące kategorie: drogi krajowe, wojewódzkie, powiatowe, gminne. W świetle art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych drogą jest budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym. Przywołana ustawa definiuje także w art. 4 pkt 11a odrębną kategorię drogi rowerowej, wskazując, że jest to droga przeznaczona do ruchu rowerów albo rowerów i pieszych, z której może korzystać każdy zgodnie z jej przeznaczeniem.

Nie ulega wątpliwości, że droga rowerowa zgodnie z jej legalną definicją jest drogą ale nie jest ona zaliczona do kategorii dróg publicznych, o których mowa w ustawie o drogach publicznych. Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 13.03.2018 Sygn. II OSK 3337/17 „Droga rowerowa może być zatem elementem drogi publicznej przeznaczonym dla ruchu rowerów, ale może też być odrębną, samodzielną, nie stanowiącą części innej drogi - drogą przeznaczoną do ruchu rowerów, czy też drogą rowerową stanowiącą drogę wewnętrzną (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 17 czerwca 2016 r., sygn. akt II OSK 1470/16; z dnia 21 stycznia 2016 r., sygn. akt II OSK 1351/14, CBOIS)” .

Uwzględniając tezę, wynikającą z wyżej przytoczonego orzeczenia, oceny czy droga rowerowa jest elementem drogi publicznej czy też samodzielną, nie stanowiącą części tej drogi drogą rowerową, należy dokonać w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego. W sytuacji, gdy inwestycja polega na dobudowaniu drogi rowerowej w pasie drogowym istniejącej drogi publicznej to należy uznać, że droga rowerowa jest elementem tej drogi. W przypadku zaś, gdy budowa ścieżki rowerowej jest samodzielną, odrębną budową, nie stanowiącą elementu drogi publicznej to należy uznać, że jej budowa nie jest budową drogi publicznej.

Zdaniem Izby, wykazaną przez Odwołującego budowę ścieżek rowerowych (sieci tras rowerowych Pomorza Zachodniego - Trasa Pojezierna odc. Siekierki - Trzcińsko Zdrój - etap I oraz etap II.) nie można zaliczyć do budowy lub przebudowy drogi publicznej w rozumieniu przepisów ustawy o drogach publicznych. Jak wynika z przeprowadzonej rozprawy, wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego i Odwołującego oraz dokumentów: fragmentów projektów wykonawczych, planu poglądowego przebiegu ścieżki, analizy przebiegu ścieżki rowerowej na odcinku Siekierki - Trzcińsko – Zdrój - trasy rowerowe, objęte wykazaniem przez Odwołującego zamówieniem przebiegały głównie wzdłuż nieczynnej linii kolejowej, po działkach nie będących drogowymi i w zasadniczej części nie były one budowane w pasie drogi publicznej. Jedynie w marginalnym stopniu, na pewnych odcinkach, które wskazał sam Odwołujący w treści odwołania, gdy droga rowerowa krzyżowała się z drogą publiczną, dochodziło do przebudowy drogi publicznej.

Zdaniem Izby, z tych względów, inwestycja polegająca na budowie ścieżek rowerowych głównie po działkach nie będących drogami publicznymi, nie może zostać uznana za budowę lub przebudowę drogi publicznej o określonej wartości, spełniającej wymagania określone w kryterium oceny ofert.

W zakresie nieprzyznania punktacji ofercie Odwołującego w kryterium „Doświadczenia Inspektora Nadzoru Robót Drogowych”, Izba uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa. Doświadczenie, jakim wykazał się p. P. G., pełniąc funkcję Kierownika budowy przy budowie obiektów mostowych MA16, MA18 na autostradzie A2, spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w tym kryterium.

Obiekty mostowe, jakie były przedmiotem wskazanej realizacji, są drogowymi obiektami inżynierskim, o których mowa w art. 4 pkt 12 ustawy o drogach publicznych. Zgodnie zaś z przywołaną wcześniej definicją drogi, zawartą w art. 4 pkt 2 ustawy o drogach, drogą jest budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami. Zatem obiekt mostowy jest elementem drogi. Z samej nazwy zamówienia oraz wyjaśnień Odwołującego wynika, że obiekty mostowe były budowane na autostradzie A2, która niewątpliwie jest drogą publiczną. Z tych względów, zdaniem Izby, budowa obiektów mostowych na drodze publicznej stanowiła przebudowę drogi publicznej, o jakiej mowa w opisie kryterium „Doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych”.

Ponadto, jak wynika z wyjaśnień Odwołującego oraz w pisma p. G. R., będącego podwykonawcą firmy Energopol prace wykonane na tym zadaniu obejmowały budowę obiektów mostowych wraz z drogą przebiegającą do obiektów mostowych (*dowód: pismo Palbet Usługi Ogólnobudowlane G. R. w aktach*). W ramach tych prac wykonano nawierzchnie oraz elementy drogowe takie jak: odwodnienie, krawężniki, pobocza, balustrady drogowe. Z protokołu wykonanych robót na obiekcie mostowym, złożonego przez

Odwołującego wynika, że prace obejmowały wykonywanie prac ziemnych, związanych z budową drogi publicznej.

W konsekwencji, Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił doświadczenie wykonawcy przy budowie obiektów mostowych MA16, MA18 na autostradzie A2.

Z uwagi na to, że wykazane naruszenie polegające na nieprzyznaniu Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenia Inspektora Nadzoru Robót Drogowych”, miało wpływ na wynik postępowania, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym przyznanie Odwołującemu punktów za realizację polegającą na budowie obiektów mostowych MA16, MA18 na autostradzie A2.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: