

WYROK
z dnia 19 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2022r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2022r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku**.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: NDI S.A.; NDI SOPOT S.A.; "SP" Sine Midas Stroy Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania odciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Województwo Pomorskie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 501 na odcinku Stegna – Krynica Morska o długości 17,27 km”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 maja 2022 r. pod numerem: 2022/S 094-258352.

W dniu 2 września 2022r. wykonawca – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 2) wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.5.2 SWZ, tj. do uzupełnienia oświadczenia „Wykaz osób”.
- 3) zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnień „Wykazu osób” w zakresie doświadczenia osoby skierowanej przez Odwołującego do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.5.2 SWZ – Instrukcji dla Wykonawców, tj. do uzupełnienia oświadczenia „Wykaz osób” wobec stwierdzenia przez Zamawiającego, że inwestycja wskazana w pkt 1 „Wykazu osób” na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Pana R. D. skierowanego przez Odwołującego do pełnienia funkcji kierownika budowy nie potwierdza spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, gdy tymczasem inwestycja ta potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.5.2. SWZ - Instrukcji dla Wykonawców, a co za tym idzie podmiotowy środek dowodowy „Wykaz osób” jest prawidłowy, kompletny i nie zawiera błędów, a Odwołujący prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.5.2 SWZ. Tym samym brak było podstaw do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności Zamawiającego jednocześnie naruszyły przepis art. 16 pkt 1 i 2

Pzp. Zamawiający bowiem, dokonując samodzielnej, niekorzystnej dla Wykonawcy oceny doświadczenia Pana R. D. w braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych, naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty,

ewentualnie

2) art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień „Wykazu osób” w zakresie doświadczenia Pana R. D. – inwestycji wykazanej w pkt 1 „Wykazu osób”.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

2) unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.5.2 SWZ, tj. do uzupełnienia oświadczenia „Wykaz osób”.

ewentualnie

3) wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia „Wykazu osób” w zakresie doświadczenia Pana R. D. wykazanego w pkt 1 „Wykazu osób”.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że: „Zamawiający w Rozdziale 7.5.2. pkt 1 kolumna 4 „Doświadczenie” SWZ zastrzegł, iż w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (personel Wykonawcy): Wykonawca musi wykazać, że skieruje do realizacji zamówienia osobę legitymującą się uprawnieniami i doświadczeniem, określonymi w poniższej tabeli:

Lp.	Funkcja	Minimalne kwalifikacje zawodowe, doświadczenie*	
		uprawnienia	doświadczenie
1	2	3	4
1.	Kierownik budowy pełniący równocześnie funkcję kierownika robót branży drogowej	Uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności drogowej lub równoważne	W pełnieniu funkcji Kierownika budowy przez minimum 70% czasu trwania robót (czas trwania robót to okres od przejęcia terenu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego robót) lub Kierownika robót branży drogowej przez cały czas trwania robót branży drogowej na co najmniej dwóch zadaniach, w ramach których wykonano budowę lub przebudowę drogi klasy minimum Z* o długości min. 10,0 km każde, której zakres obejmował również teren zabudowany lub w pełnieniu funkcji Kierownika budowy przez minimum 70% czasu trwania robót (czas trwania robót to okres od przejęcia terenu budowy do podpisania protokołu odbioru końcowego robót) lub Kierownika robót branży drogowej przez cały czas trwania robót branży drogowej na co najmniej dwóch zadaniach, w ramach których wykonano budowę lub przebudowę drogi klasy minimum Z* o długości min. 10,0 km każde oraz co najmniej dwóch zadaniach w ramach, których wykonano budowę lub przebudowę drogi klasy minimum Z* w terenie zabudowanym.

3. W przedłożonym na wezwanie Zamawiającego w dniu 12 lipca 2022 r. Wykazie osób Odwołujący wskazał do pełnienia funkcji Kierownika budowy Pana R. D..

Odwołujący oświadczył w Wykazie osób w poz. 1, że Pan R. D. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych na zadaniu „Budowa ulicy Nowej Wałowej w Gdańsku” przez cały czas trwania robót branży drogowej.

4. W dniu 28 lipca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

5. W dniu 8 sierpnia 2022 r. powyższą czynność Zamawiającego zaskarżyło w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A. „SP” Sine Midas Stroy Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum NDI). Postępowanie prowadzone było pod sygn. akt KIO 2074/22. Odwołujący w niniejszym Postępowaniu zgłosił wówczas przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Konsorcjum NDI zarzuciło

zamawiającemu naruszenie:

1) „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2) oraz w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 PZP – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX, pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 7.5.2. pkt 1 kolumna 4 „Doświadczenie” SWZ tj. w zakresie dysponowania personelem posiadającym wymagane przez Zamawiającego doświadczenie – brak potwierdzenia doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika robót branży drogowej przez cały czas trwania robót branży drogowej podczas realizacji zadania pn. Budowa ulicy Nowej Wałowej w Gdańsku,

Sygn. akt KIO 2298/22

ewentualnie z ostrożności, w przypadku nie uwzględnienia zarzutu nr 1, zarzucam naruszenie:

2) art. 128 ust. 1 PZP – poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 7.5.2. pkt 1 kolumna 4 „Doświadczenie” SWZ tj. w zakresie dysponowania personelem posiadającym wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, pomimo iż wykonawca BUDIMEX nie potwierdził spełniania tegoż warunku – brak potwierdzenia doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika robót branży drogowej przez cały czas trwania robót branży drogowej podczas realizacji zadania pn. Budowa ulicy Nowej Wałowej w Gdańsku”.

6. Zamawiający pismem z dnia 16 sierpnia 2022 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i zobowiązał się do unieważnienia wyboru oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert. Również w dniu 16 sierpnia 2022 r. przystępujący w tamtej

sprawie Odwołujący wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W tym samym dniu Konsorcjum NDI cofnęło odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie z dnia 18 sierpnia 2022 r., sygn.

KIO 2074/22, o umorzeniu postępowania odwoławczego. Opisywany spór nie został zatem merytorycznie rozstrzygnięty przez Izbę.

7. W dniu 23 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Również w dniu 23 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.5.2 SWZ, tj. do uzupełnienia oświadczenia „Wykaz osób”. Co istotne, Zamawiający w wezwaniu z dnia 23 sierpnia 2022 r. stwierdził, że wskazana przez Odwołującego inwestycja nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.5.2 SWZ, z czym Odwołujący

nie może się zgodzić. W piśmie z dnia 23 sierpnia 2022 r. Zamawiający nie podał jakichkolwiek

okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających podjęte przez niego czynności. Zamawiający stwierdził jedynie, że „zgodnie z wiedza pozyskaną przez Zamawiającego, inwestycja wykazana w pkt 1 nie potwierdza spełniania w/w warunku udziału w Postępowaniu

określonego przez Zamawiającego”.

8. Odwołujący w dniach 23 i 24 sierpnia 2022 r. skierował do Zamawiającego wnioski dotyczące podania uzasadnienia dokonania takich czynności w Postępowaniu. W dniu 25

sierpnia 2022 r. Zamawiający sprecyzował, że dyskwalifikację doświadczenia Pana R. D. opisanego w ramach poz. 1 Wykazu osób oparł na kwalifikacji wpisu z dnia 22 maja 2013 r. znajdującego się w Dzienniku budowy nr 1412/2012, jako wpisu dotyczącego wykonywania robót drogowych, w której to dacie Pan R. D. nie pełnił jeszcze funkcji kierownika robót drogowych. Zamawiający wskazał: „*W Dzienniku budowy nr 1412/2012 tom I w dniu 22 maja 2013 r. Inspektor nadzoru inwestorskiego Pan G. J. oraz Pan Z. M. pełniący nadzór autorski dokonali wpisu informującego Kierownika budowy o niezgodnym z SST prowadzeniem robót ziemnych wzdłuż ulicy Jana z Kolna. Roboty ziemne, tj. rozebranie istniejącego nasypu – najazdu na żółty wiadukt należało prowadzić w oparciu o SST D-02.01.01. Obowiązki kierownika robót branży drogowej Pan R. D. e podjął zgodnie z wpisem do w/w dziennika budowy dopiero w dniu 18.06.2013 r., do tego czasu roboty nadzorował Kierownik budowy Pan B. A. posiadający uprawnienia w specjalności drogowej. Zgodnie z powyższym Zamawiający uznał, iż roboty branży drogowej roboty ziemne rozpoczęły się i były prowadzone przed okresem objęcia funkcji kierownika robót branży drogowej przez Pana R. D. i były nadzorowane przez Kierownika budowy posiadającego uprawnienia w tej branży*”.

9. Odwołujący, działając z daleko idącej ostrożności, odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w dniu 2 września 2022 r., składając jednocześnie niniejsze odwołanie. „Wykaz osób” Odwołującego jest prawidłowy, kompletny i nie zawiera błędów, a Odwołujący prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.5.2 SWZ – Instrukcja dla Wykonawców. Tym samym Odwołujący wykazał, że Pan R. D. posiada wymagane w SWZ doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót branży drogowej. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, inwestycja wykazana pod poz. 1 „Wykazu osób” odpowiada wymaganiom Zamawiającego zawartym w pkt 7.5.2. SWZ – Instrukcji dla Wykonawców. Brak podstaw faktycznych i prawnych, w szczególności w świetle dokumentacji budowy, do zakwestionowania doświadczenia Pana R. D.. 10. Uwzględniając powyższe, Odwołujący podnosi, że z argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 25.08.2022 r. wynika, że dyskwalifikacja doświadczenia Pana R. D., wskazanego w ramach poz. 1 Wykazu osób, wynikała z nieprawidłowego zidentyfikowania i oceny przez Zamawiającego stanu faktycznego dotyczącego przedmiotowej inwestycji.

11. Bezsporne jest, że Pan R. D. objął funkcję kierownika robót drogowych na inwestycji „Budowa ulicy Nowej Wałowej w Gdańsku” w dniu 18 czerwca 2013 r., co potwierdzają wpisy z tej daty w Dziennikach budowy nr 1412/2012 i nr 1446/2012.

12. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 25.08.2022 r. Zamawiający oparł się jedynie na wpisie do dziennika budowy nr 1412/2012 tom I z dnia 22.05.2022 r. Zamawiający nie referuje

do jakichkolwiek innych okoliczności faktycznych, w tym innych wpisów do dzienników budowy czy innych dokumentów składających się na dokumentację budowy. Tymczasem, w ramach wpisu z dnia 22 maja 2013 r., na który powołuje się Zamawiający, wprost wskazano, że „*stwierdza się, iż roboty ziemne wzdłuż ul. Jana z Kolna, tj. rozebranie istn. nasypu były prowadzone (...)*”. Co za tym idzie, wpis ten literalnie dotyczył nieprawidłowego zabezpieczenia wykopów wzdłuż ulicy, równoległe do drogi. Z wpisu tego w żaden sposób nie wynika (i wynikać nie może w świetle dokumentacji budowy), że w maju 2013 r., a więc przed objęciem przez Pana R. D. funkcji kierownika robót branży drogowej na tej inwestycji, prowadzone były roboty branży drogowej. Tymczasem, jak wynika przede wszystkim z dziennika budowy, na który powołuje się Zamawiający, wprost wynika, że opisane w dniu 22.05.2013 r. roboty ziemne związane były z przebudową gazociągu niskiego i średniego ciśnienia. Z samego wpisu wynika, że dotyczy on prac związanych z kolizją gazociągu idącego wzdłuż ulicy Jana z Kolna, tj. obok ulicy Jana z Kolna, a nie jakichkolwiek prac w pasie drogowym. Brak jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych, aby wszystkie roboty ziemne wykonywane na inwestycji były traktowane jako roboty branży drogowej (o czym szerzej poniżej).

13. Pozostaje oczywiste, że to nie były prace branży drogowej – potwierdza to sam wpis z dokumentu urzędowego, jakim jest dziennik budowy, ale także wcześniejsze i późniejsze wpisy z tego dziennika, projektów wykonawczych, harmonogramu i pozostałej dokumentacji projektowej, umów z podwykonawcami i innej korespondencji zgromadzonej w trakcie inwestycji, a składającej się na dokumentację budowy. Zamawiający przyznał w piśmie z dnia

25.08.2022 r., że dysponuje fotografiami Dzienników budowy. Zdumiewa więc, że Zamawiający nie przeanalizował wszystkich wpisów do tych Dzienników, które odzwierciedlają faktyczny przebieg budowy, prac wykonywanych na budowie przed objęciem przez Pana Radosława Radzikowskiego funkcji kierownika robót branży drogowej.

14. Odwołujący raz jeszcze podkreśla, że prace, do których nawiązuje wpis w dzienniku nr 1412/2012 z dnia 22 maja 2013 r., nie dotyczyły robót branży drogowej i winny być kwalifikowane jako roboty przygotowawcze związane z robotami branży sanitarnej.

15. Ponadto Odwołujący wskazuje, że powoływany przez Zamawiającego wpis z dnia 22 maja 2013 r. dotyczył, jak wynika z dokumentacji budowy, w tym z wpisów do Dziennika budowy nr

1412/2012, nieprawidłowego zabezpieczenia - odwodnienia wykopów pod budowę gazociągu niskiego i średniego ciśnienia. Roboty ziemne z tym związane, o których mowa w tym wpisie, winny być zatem kwalifikowane jako roboty przygotowawcze związane z robotami branżowymi sanitarnymi, nie zaś jako roboty drogowe, o czym świadczą chociażby:

Sygn. akt KIO 2298/22

a. treść wpisów w Dzienniku budowy nr 1412/2012 poprzedzających i następujących po wpisie inspektorów nadzoru z dnia 22 maja 2013 r. Wszystkie wpisy dotyczą robót przygotowawczych, w tym przebudowy gazociągu oraz robót mostowych;

b. okoliczność, że wykop, do którego nawiązuje wpis inspektorów z dnia 22 maja 2013 r., jednoznacznie powiązany został z przebudową sieci gazowej. Z analizy całej treści Dziennika budowy wynika bowiem, że wykopy związane z przebudową sieci gazowej były w zasadzie jedynymi wykopami prowadzonymi w ramach zadania do tej daty, w tym niewątpliwie jedynymi związanymi ze wskazaną we wpisie lokalizacją, np.:

i. wpis z 15 marca 2013 r., kierownika robót gazowych - Z. P.: „*zgłaszam do odbioru w wykopie otwartym podsypkę (...) rurociągu studniowego*”;

ii. wpis z 15 marca 2013 r. inspektora branży sanitarnej – Romana Redzimskiego: „*dokonałem odbioru w otwartym wykopie sieci gazowej z rur stalowych (...)*”;

iii. wpis z 11 kwietnia 2013 r. inspektora branży sanitarnej – Romana Redzimskiego: „*zwracam uwagę na brak szalowania wykopów w rejonie ul. Jana z Kolna przy przebudowie sieci gazowej (...)*”;

iv. wpis z 12 kwietnia 2013 r. kierownika robót gazowych – Z. P.: „*(...) ściany w obrębie połączenia rurociągu przy ul. Jana z Kolna zostaną dodatkowo zabezpieczone przed przystąpieniem do robót montażowych*”;

c. wpis kierownika budowy następujący bezpośrednio w reakcji na wpis inspektorów z dnia 22 maja 2013 r., tj. wpis p. B. A. (Kierownika budowy): „*(...) roboty przerwano na skutek otrzymania polecenia natychmiastowego zaprzestania robót, zawartego w notatce z dnia 17.05.2013 r., spisanej na okoliczność wizji lokalnej dot. stanu istniejącego kolektora sanitarnego*”;

d. sytuacja, do której nawiązuje wpis z dnia 22 maja 2013 r., tj. nieprawidłowe zabezpieczenie wykopów, była monitorowana podwykonawcy z zakresu robót branży gazowej, tj. Przedsiębiorstwu Instalacyjno – Budowlanemu „Suchocki”, jako element znajdujący się w zakresie jego prac (podwykonawca wprowadzony na plac budowy przez kierownika robót gazowych – vide wpis z 21 listopada 2012 r.). Powyższe dodatkowo potwierdza, że wykopy zlokalizowane przy ul. Jana z Kolna były ściśle związane z robotami branży sanitarnej, obejmującej sieci gazowe i ciepłe, nie dotycząc branży drogowej.

Dowód: pismo z dnia 04 kwietnia 2013 r. skierowane do PIB Suchocki;

e. dla lokalizacji, do której nawiązuje wpis inspektorów z dnia 22 maja 2013 r., projekt wykonawczy dla zadania „Przedłużenie” w ogóle nie przewidywał wykonywania robót branży drogowej, lokalizacja ta znajdowała się na terenie budowy podpór pod estakadę, dla której projekt przewidywał wyłącznie konieczność przebudowy sieci gazowej;

Dowód: fragment projektu wykonawczego dla zadania Budowa ul. Nowej Wałowej w Gdańsku, etap I, podetap 2, odc. ul. Nowomiejska – Brama Oliwska;

f. harmonogram robót uzgodniony po przekazaniu placu budowy wyróżniał prace przygotowawcze, wyodrębniając z nich dodatkowo usunięcie kolizji sieci gazowych, rozróżniając te kategorie od innych kategorii robót. Zgodnie z zaakceptowanym harmonogramem prace związane z usunięciem kolizji sieci gazowych miały być prowadzone od 12 listopada 2012 r. do 14.06.2013 r. (a więc w okresie, z którego pochodzi przywoływany przez Zamawiającego wpis w dzienniku budowy nr 1412/2012). Roboty ziemne pod budowę drogi miały rozpocząć się zaś dopiero od 17 czerwca 2013 r. wg harmonogramu. Roboty te rozpoczęły się po objęciu przez Pana R. D. funkcji kierownika robót branży drogowej. Potwierdzają to wpisy do Dzienników budowy: pierwszy wpis w Dzienniku budowy nr 1446/2012 potwierdzający wykonanie roboty branży drogowej pochodzi z dnia 20 czerwca 2013 r., natomiast w Dzienniku budowy nr 1412/2012 z dnia 11 lipca 2013 r. Roboty branży drogowej rozpoczęły się później niż przewidywał to harmonogram z powodu konieczności usunięcia kolizji sieci gazowej, co potwierdza wpis inspektora nadzoru branży sanitarnej do Dziennika budowy z dnia 05.06.2013 r. dot. pozytywnego wyniku próby ciśnieniowej gazociągu.

Dowód: harmonogram robót dla Inwestycji wraz z tłumaczeniem na język polski;

g. z protokołów z rad technicznych właściwych dla daty wpisu w dzienniku budowy, na który powołuje się Zamawiający (22 maja 2013 r.) wynika, że w tym okresie omawiane były wyłącznie roboty mostowe i branżowe, a tym samym wyłącznie prace tego rodzaju były w tym okresie prowadzone;

Dowód: protokół z rady technicznej z dnia 28 maja 2013 r.;

h. podwykonawca odpowiedzialny za wykonywanie całości robót branży drogowej został zaakceptowany przez Zamawiającego dopiero w dniu 28.05.2013 r. i wprowadzony na plac po tej dacie, co oznacza, że dacie 22.05.2013 r., na którą powołuje się Zamawiający, roboty branży drogowej nie mogły być jeszcze prowadzone;

Dowód: protokół z rady technicznej z dnia 28 maja 2013 r.

16. Co za tym idzie, Odwołujący raz jeszcze podkreśla, że prace, do których nawiązuje wpis w Dzienniku budowy nr 1412/2012 z dnia 22 maja 2013 r., nie dotyczył robót branży drogowej, ale robót przygotowawczych branży sanitarnej (dot. sieci gazowych). O odrębności tego rodzaju prac w stosunku do robót branży drogowej winien zdawać sobie sprawę zresztą sam Zamawiający, który w ramach udostępnionego dla przedmiotowego Postępowania przedmiaru robót sam dokonuje wyłączenia robót rozbiórkowych (vide pkt 15-28 Przedmiaru – „Rozbiórki elementów dróg, ogrodzeń i przepustów”) czy robót branżowych sanitarnych (vide np. pkt 161 – 186 Przedmiaru robót – „Przebudowa sieci wodociągowych”), traktując je jako odrębną kategorię prac, inną niż roboty branży drogowej.

17. Co kluczowe w niniejszym Postępowaniu, Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „robót branży drogowej”, o którym mowa w pkt 7.5.2. SWZ. Jak powszechnie podkreśla się w

doktrynie i orzecznictwie Izby, ewentualne nieścisłości czy niejednoznaczności stanowiska zamawiającego nie mogą rodzić negatywnych skutków wobec wykonawców (np. wyrok SO w Olsztynie z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt IX Ca 1258/18).

(...)

Zgodnie z art. 15a ust. 9 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane: Uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak:

1) droga w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów

inżynierskich oprócz przepustów;

2) droga dla ruchu i postoju statków powietrznych oraz przepust.

21. Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy: „droga” to „budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym”.

Zgodnie

z art. 4 pkt 1 tej ustawy: „pas drogowy” to „wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą”.

22. Nawiązując do obowiązku literalnej wykładni SWZ, w zakresie pojęć niezdefiniowanych należy odnieść się także do znaczenia potocznego: „roboty” oznacza „prace fizyczne z udziałem wielu osób, mające na celu wykonanie konkretnych zadań”, branża oznacza „dziedzina obejmująca działalność jednego rodzaju w ramach produkcji, handlu lub usług”, a „drogowy” oznacza „związany z drogą - pasem, po którym, odbywa się ruch samochodów” (Wielki Słownik Języka Polskiego PAN, <https://wsjp.pl/>). Z powyższego wynika, że roboty w branży drogowej to w znaczeniu potocznym prace mające na celu wykonanie konkretnych zadań w zakresie objętym drogą jako pasem ruchu. Innymi słowy, do robót branży drogowej nie można zaliczyć jakichkolwiek robót ziemnych (tu: wzdłuż ulicy Jana z Kolna, co wynika z wpisu do dziennika budowy z dnia 22.05.2013 r.), ale roboty ziemne zlokalizowane w pasie drogowym, w miejscu służącym do prowadzenia ruchu. Tymczasem roboty ziemne objęte wpisem do Dziennika budowy z dnia 22.05.2013 r. były prowadzone obok drogi.

22. Z powyższego jednoznacznie wynika, że powoływany przez Zamawiającego wpis w Dzienniku budowy nr 1412/2012 z dnia 22 maja 2013 r. dotyczył nieprawidłowego zabezpieczenia - odwodnienia wykopów pod budowę gazociągu niskiego i średniego ciśnienia, a więc urządzeń technicznych niezwiązanych z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, czy też z potrzebami zarządzania drogą. Przed objęciem funkcji kierownika

robót drogowych przez Pana R. D. na zadaniu Budowa ul. Nowej Wałowej w Gdańsku nie wykonywano robót branży drogowej. Co przy tym istotne, Pan R. D. były jedynym kierownikiem robót drogowych przez cały czas trwania inwestycji „Budowa ulicy Nowej Wałowej w Gdańsku). Jeszcze raz podkreślić należy, że z samego wpisu wynika, że dotyczy on prac związanych z kolizją gazociągu idącego wzdłuż ulicy Jana z Kolna, a nie jakichkolwiek prac w pasie drogowym.

23. Powyższy wniosek ma charakter oczywisty i został wywiedziony na podstawie analizy dokumentów, które są w posiadaniu i były przedmiotem analizy Zamawiającego, o czym świadczy jego pismo z dnia 25 sierpnia 2022 r. Wobec tego wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp zostało wystosowane bezpodstawnie, z naruszeniem fundamentalnych zasad Pzp. Oczywiście Zamawiający ma prawo rzetelnie prowadzić proces badania i oceny ofert, ale jego ocena musi mieć charakter obiektywny, fachowy i niedyskryminujący dla wykonawców. Odwołujący raz jeszcze podkreśla, że co do zasady jest gotów przedstawiać Zamawiającemu wszystkie niezbędne informacje i wyjaśnienia, ale wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp ma charakter jednorazowy i stanowi de facto szansę wykonawcy na uzupełnienie ewentualnych błędów czy braków w dokumentacji podmiotowej. Wskutek czynności Zamawiającego w Postępowaniu Odwołujący utracił tę szansę.

(...)

25. Czynności Zamawiającego naruszyły także zasadę przejrzystości wyrażoną w art. 16 pkt 2 Pzp. Po pierwsze, Zamawiający w wezwaniu z dnia 23 sierpnia 2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 Pzp przesądził istotne dla dalszego biegu Postępowania okoliczności bez jakiegokolwiek uzasadnienia i podania okoliczności faktycznych i prawnych, które pozwoliłyby Odwołującemu

poznać rzeczywiste uzasadnienie jego stanowiska. Dopiero wskutek starań Odwołującego i wysłanych pism Zamawiający doprecyzował uzasadnienie tej czynności w dniu 25 sierpnia 2022 r. Po drugie, także i z tego dodatkowego pisma nie wynika, jak Zamawiający mógł uznać,

że dany wpis w Dzienniku budowy nr 1412/2012 odnosi się do robót branży drogowej? Wszakże wpis ten mówi jedynie o robotach ziemnych wzdłuż ul. Jana z Kolna.

(...)

Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, ponieważ

opierając się bezrefleksyjnie na informacjach przedstawionych przez konkurencyjnego wykonawcę, w wezwaniu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp przesądził, że wskazane tam oświadczenie Odwołującego rzekomo nie pozwala uznać, że wykazano spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Tymczasem Odwołujący powinien mieć możliwość wyjaśnienia okoliczności faktycznych, które legły u podstaw takiej decyzji Zamawiającego. Tym bardziej,

że Odwołujący samodzielnie realizował zadanie Budowa ul. Nowej Wałowej w Gdańsku, dysponuje więc pełną wiedzą na temat realizacji robót na tym zadaniu oraz dokumentacją oraz dokumentacją budowy i najlepiej jest w stanie przedstawić rzeczywisty stan faktyczny.

(...)

29. W opisanym powyżej stanie faktycznym widać wyraźnie, że Zamawiający nie miał podstaw, by wezwać Odwołującego do uzupełnienia „Wykazu osób” w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Ewentualne wątpliwości (choć z zdaniem Odwołującego, po rzetelnej analizie dokumentacji budowy takich być w ogóle nie powinno) Zamawiający powinien był rozstrzygnąć w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

(...)

31. Choć Odwołujący stoi na stanowisku, że nie ma wątpliwości co do tego, że w sposób prawidłowy wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu zdefiniowany w pkt 7.5.2. SWZ, to jednak wobec stanowiska Zamawiającego to w pierwszej kolejności Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień „Wykazu osób” w trybie art. 128 ust. 4 Pzp. Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, zwłaszcza poprzez pozbawienie Odwołującego szansy na wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Uzasadniając powyższe stanowisko procesowe wskazał, że „w trakcie analizy wpisów w w/w dziennikach budowy ZDW zwrócił uwagę, że wpis dotyczący nieprawidłowego wykonywania robót związanych z rozbiórką istniejącego nasypu - najazdu na żółty wiadukt kratowy były prowadzone w ramach robót branży drogowej. Fakt ten potwierdzają wpisy do Dziennika budowy nr 1412/2012 (tom I strona 51) dokonane przez właściwych branżowo uczestników procesu inwestycyjnego, tj. inspektora nadzoru branży drogowej, nadzór autorski – projektanta branży drogowej oraz kierownika budowy posiadającego uprawnienia branży drogowej. Zgodnie z art.12 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2021 poz. 2351 z późn. zm.), cyt.: „samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (...) mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego”. Uprawnienia budowlane do projektowania / kierowania robotami budowlanymi dotyczą konkretnej specjalności określonej w art.14 ust. 1 w/w ustawy. Oczywistym w świetle powyższego jest więc fakt, iż osoby pełniące funkcje techniczne na budowie mogą wykonywać działania i ponosić za nie pełną odpowiedzialność tylko i wyłącznie w zakresie posiadanych uprawnień.

Powyższe wskazuje, iż wpisy dokonywane przez osoby posiadające uprawnienia (do kierowania robotami budowlanymi lub projektowania) w specjalności inżynierskiej drogowej mogą dotyczyć wyłącznie robót branży drogowej, nie zaś robót innych branż, dla których niezbędne jest posiadanie odrębnych uprawnień w odpowiedniej specjalności. Jeżeli przedmiotowe roboty dotyczyłyby rzeczywiście robót branż innych niż branża drogowa, osobami uprawnionymi do dokonywania wpisów do dziennika budowy w tym zakresie byłyby osoby pełniące funkcje techniczne na budowie posiadające uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności. Zgodnie z art. 42 ust. 4 w/w ustawy Prawo budowlane, cyt.: „Przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności”. I tak odpowiednio dla robót związanych z przebudową gazociągu są to uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, natomiast w zakresie robót mostowych w specjalności inżynierskiej mostowej. Oczywiście powyższe dotyczy również odpowiednich uprawnień wydanych we wcześniejszym okresie. Warto również zwrócić uwagę na występowanie w jednej lokalizacji robót wielu różnych branż, taka sytuacja jest charakterystyczna szczególnie dla obszarów zurbanizowanych, tak jak ma to miejsce w przypadku przedmiotowej inwestycji. Wykonanie robót branży drogowej przed rozpoczęciem robót w zakresie innych branż, w tym m.in. związanych z budową/ przebudową sieci i instalacji podziemnych jest czymś powszechnym przy realizacji tego typu zadań. W Dzienniku budowy nr 1412/2012 tom I (str. 54) wskazano specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, wg której należy prowadzić roboty ziemne związane z rozbiórką istniejącego nasypu. Nie ma tu znaczenia lokalizacja prowadzonych robót (wzdłuż ul. Jana z Kolna), gdyż wpis ten dotyczy terenu inwestycji, który przejął Wykonawca, i którego dotyczył przedmiotowy dziennik budowy. Nieprawidłowa jest interpretacja 7 Wykonawcy, iż roboty branży drogowej są wtedy robotami drogowymi, gdy prowadzone są stricte w ciągu ulicy/drogi. Zamawiający nie dopatrył się w przedmiotowym wpisie, ani we wpisach poprzedzających i następujących oczywistego wskazania, iż przedmiotowe roboty były na wprost związane z realizowaną przebudową gazociągu niskiego i średniego ciśnienia. Wprost przeciwnie - wpis kierownika budowy posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej potwierdził stanowisko Zamawiającego, że są to roboty branży drogowej. Gdyby do wpisu inspektora nadzoru oraz projektanta odniósł się właściwy branżowo kierownik robót sanitarnych, Zamawiający mógłby powziąć wątpliwość, czy roboty ziemne w tym przypadku były elementem branży sanitarnej. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na odmienny charakter wykonywanych robót ziemnych przy robotach związanych z przebudową gazociągu - w celu wykonania instalacji

wykonywane się wykopy wąskoprzestrzenne, co zresztą łatwo stwierdzić na podstawie załączonego do odwołania pisma z dnia 04.04.2013 r. do PIB Suchocki (wraz z dokumentacją fotograficzną). Taką zasadę potwierdza wcześniejszy wpis do Dziennika budowy z dnia 11.04.2013 r. (Dziennik budowy tom I str. 35), gdzie na uwagę inspektora nadzoru branży sanitarnej o braku zabezpieczenia wykopu przy przebudowie sieci gazowej odpowiedział 12.04.2013 r. (Dziennik budowy tom I str. 36) kierownik robót branży instalacyjnej Pan Z. Pietrzak. ZDW szczegółowo przeanalizował zapisy przedmiotowego dziennika budowy tom I i II) oraz zakres uprawnień budowlanych w określonej specjalności, ściśle określony przepisami prawa oraz wydaną decyzją potwierdzającą uzyskanie przedmiotowych uprawnień, o czym mowa powyżej i podjął decyzję o braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przetargowym w zakresie doświadczenia wskazanego do pełnienia funkcji kierownika budowy Pana R. D.. Ponadto na podstawie załączonego do odwołania harmonogramu na wprost wynika, iż roboty ziemne miały rozpocząć się od 20.05.2013 r. zatem przed podjęciem funkcji kierownika robót branży drogowej przez Pana R. D.. Należy również zwrócić uwagę, iż wpisy do dziennika budowy dokonywane były przez inspektora nadzoru branży drogowej przed terminem podjęcia obowiązków kierownika robót branży drogowej, Pana R. D.. Na stronie 5 Dziennika budowy nr 1412/2012 tom I w dacie 16.03.2013 r. pojawia się wpis inspektora nadzoru robót drogowych dotyczący wprowadzenia tymczasowej organizacji ruchu na zadaniu. Ponadto już w dniu 13.11.2012 r. (Dziennik budowy nr 1412/2012 tom I str. 2) kierownik budowy - Pan B. A. dokonuje wpisów dotyczących wykonywania wycinki drzew oraz odhumusowania. Do wpisu dotyczącego wykonywania wycinek drzew kolidujących w pasie drogowym odnosi się również w dniu 13.12.2012 r. (Dziennik budowy nr 1412/2012 tom I, str. 3) inspektor branży drogowej, kolejnych wpisów dokonując w dacie 15.01.2013 r. (Dziennik budowy nr 1412/2012 tom I, str. 5) oraz 05.03.2013 r. (Dziennik budowy nr 1412/2012 tom I, str. 26). Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż czynności związane z wykonywaniem robót drogowych były już prowadzone, co jednoznacznie potwierdzają wpisy dokonywane przez kierownika budowy oraz inspektora robót branży drogowej i projektanta pełniącego nadzór autorski, przed podjęciem przez Pana R. D. funkcji kierownika robót drogowych. Gdyby roboty branży drogowej nie były w tym okresie prowadzone wpisy dokonywane byłyby przez odpowiednich inspektorów posiadających uprawnienia w specjalnościach odpowiadającym odpowiednio branżom, których roboty dotyczyły. W treści złożonego odwołania (pkt. 14 i 15 uzasadnienia) Odwołujący podkreśla że, prace do których nawiązuje wpis w Dzienniku budowy nr 1412/2012 z dnia 22 maja 2013 r., nie dotyczyły robót branży drogowej i winny być one kwalifikowane jako roboty przygotowawcze związane z robotami branży sanitarnej i wskazuje, że powoływany przez Zamawiającego wpis z dnia 22 maja 2013 r. dotyczył, jak wynika z dokumentacji budowy, w tym z wpisów do Dziennika budowy nr 1412/2012,

nieprawidłowego zabezpieczenia - odwodnienia wykopów pod budowę gazociągu niskiego i średniego ciśnienia. Roboty ziemne z tym związane, o których mowa w tym wpisie, winny być zatem kwalifikowane jako roboty przygotowawcze związane z robotami branżowymi sanitarnymi, nie zaś jako roboty drogowe, o czym świadczą chociażby: a. treść wpisów w Dzienniku budowy nr 1412/2012 poprzedzających i następujących po wpisie inspektorów nadzoru z dnia 22 maja 2013 r. Wszystkie wpisy dotyczą robót przygotowawczych, w tym przebudowy gazociągu oraz robót mostowych; b. okoliczność, że wykop, do którego nawiązuje wpis inspektorów z dnia 22 maja 2013 r., jednoznacznie powiązany został z przebudową sieci gazowej. Z analizy całej treści Dziennika budowy wynika bowiem, że wykopy związane z przebudową sieci gazowej były w zasadzie jedynymi wykopami prowadzonymi w ramach zadania do tej daty, w tym niewątpliwie jedynymi związanymi ze wskazaną we wpisie lokalizacją, np.: i. wpis z 15 marca 2013 r., kierownika robót gazowych - Z. P.: „zgłaszam do odbioru w wykopie otwartym podsypkę (...) rurociągu studniowego”; ii. wpis z 15 marca 2013 r. inspektora branży sanitarnej – Romana Redzimskiego: „dokonałem odbioru w otwartym wykopie sieci gazowej z rur stalowych (...)”; iii. wpis z 11 kwietnia 2013 r. inspektora branży sanitarnej – Romana Redzimskiego: „zwracam uwagę na brak szalowania wykopów w rejonie ul. Jana z Kolna przy przebudowie sieci gazowej (...)”; iv. wpis z 12 kwietnia 2013 r. kierownika robót gazowych – Z. P.: „(...) ściany w obrębie połączenia rurociągu przy ul. Jana z Kolna zostaną dodatkowo zabezpieczone przed przystąpieniem do robót montażowych”. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji i czyta literalnie dokument urzędowy, jakim jest dziennik budowy, do którego wpisów dokonują uczestnicy procesu inwestycyjnego posiadający ściśle określone, odpowiadające branżom prowadzonych robót, specjalności nadanych uprawnień budowlanych, w tym specjalności inżynierskiej drogowej. Literalny wpis do dziennika budowy dokonany w dniu 22.05.2013 r. (Dziennik budowy nr1412/2012 tom I, str.51) wbrew twierdzeniom Wykonawcy w żaden sposób nie odnosi się do robót branży sanitarnej – „robót przygotowawczych, w tym przebudowy gazociągu oraz robót mostowych”. Wprost przeciwnie inspektor nadzoru branży drogowej i projektant pełniący nadzór autorski w tej branży wskazują, że są to roboty ziemne „(...) tj. rozebranie istniejącego nasypu - najazdu na żółty wiadukt (...)”. Z załączonego do odwołania harmonogramu na wprost wynika, iż roboty ziemne (poz. 294) stanowią odrębną kategorię od prac przygotowawczych (poz. 269), w ramach, których Wykonawca wskazał m.in. przebudowę linii gazowych. Ponadto w ocenie odwołującego na potwierdzenie, że w/w roboty nie były robotami w branży drogowej ma świadczyć wpis kierownika budowy następujący bezpośrednio w reakcji na wpis inspektorów z dnia 22 maja 2013 r., tj. wpis p. B. A. (Kierownika budowy): „(...) roboty przerwano na skutek otrzymania polecenia natychmiastowego zaprzestania robót, zawartego w notatce z dnia 17.05.2013 r., spisanej na okoliczność wizji lokalnej dot. stanu istniejącego kolektora

sanitarnego”; Zamawiający nie jest w posiadaniu przedmiotowej notatki i nie ma wiedzy jakiego zakresu ona dotyczyła oraz roboty, której z branż zostały przerwane. Fakt, iż wizja lokalna dotyczyła stanu istniejącego kolektora sanitarnego w żaden sposób nie świadczy o tym, że prowadzone roboty ziemne dotyczyły prac związanych z przebudową gazociągu. Równie dobrze mogły one dotyczyć prowadzenia robót ziemnych rozbiórkowych, których oddziaływanie mogło mieć wpływ na stan istniejącego kolektora sanitarnego. Ponadto należy wskazać, iż żadna z osób dokonujących wpisów do dziennika budowy nie używa określeń dot. stricte instalacji gazowej, takich jak: sieć gazowa, czy kolektor gazowy, a jedynie pojawia się sformułowanie dotyczące szeroko pojętego kolektora sanitarnego (może to być istniejący wodociąg, kanalizacja sanitarna lub deszczowa). W treści odwołania, Odwołujący wskazuje również, że sytuacja, do której nawiązuje wpis z dnia 22 maja 2013 r., tj. nieprawidłowe zabezpieczenie wykopów, była monitorowana podwykonawcy z zakresu robót branży gazowej, tj. Przedsiębiorstwu Instalacyjno – Budowlanemu „Suchocki”, jako element znajdujący się w zakresie jego prac (podwykonawca wprowadzony na plac budowy przez kierownika robót gazowych – vide wpis z 21 listopada 2012 r.). Powyższe dodatkowo potwierdza, że wykopy zlokalizowane przy ul. Jana z Kolna były ściśle związane z robotami branży sanitarnej, obejmującej sieci gazowe i ciepłne, nie dotyczące branży drogowej. Natomiast dla lokalizacji, do której nawiązuje wpis inspektorów z dnia 22 maja 2013 r., projekt wykonawczy dla zadania „Przedłużenie” w ogóle nie przewidywał wykonywania robót branży drogowej, lokalizacja ta znajdowała się na terenie budowy podpór pod estakadę, dla której projekt przewidywał wyłącznie konieczność przebudowy sieci gazowej; ZDW podczas dokonywania oceny wziął pod uwagę cały zakres robót objętych przedmiotem zamówienia pn. „Budowy ul. Nowej Wałowej” i w kontekście całego zadania i pełnego zakresu robót objętych realizacją zadania rozpatrywał termin rozpoczęcia prowadzenia robót branży drogowej. Ponadto Odwołujący podnosi, że harmonogram robót uzgodniony po przekazaniu placu budowy wyróżniał prace przygotowawcze, wyodrębniając z nich dodatkowo usunięcie kolizji sieci gazowych, rozróżniając te kategorie od innych kategorii robót. Zgodnie z zaakceptowanym harmonogramem prace związane z usunięciem kolizji sieci gazowych miały być prowadzone od 12 listopada 2012 r. do 14.06.2013 r. (a więc w okresie, z którego pochodzi przywoływany przez Zamawiającego wpis w Dzienniku budowy nr 1412/2012). Roboty ziemne pod budowę drogi miały rozpocząć się zaś dopiero od 17 czerwca 2013 r. wg harmonogramu. Roboty te rozpoczęły się po objęciu przez Pana R. D. funkcji kierownika robót branży drogowej. Potwierdzają to wpisy do Dzienników budowy: pierwszy wpis w Dzienniku budowy nr 1446/2012 potwierdzający wykonanie roboty branży drogowej pochodzi z dnia 20 czerwca 2013 r., natomiast w Dzienniku budowy nr 1412/2012 z dnia 11 lipca 2013 r. Roboty branży drogowej rozpoczęły się później niż przewidywał to harmonogram z powodu konieczności usunięcia kolizji sieci gazowej, co potwierdza wpis inspektora nadzoru branży sanitarnej do

Dziennika budowy z dnia 05.06.2013 r. dot. pozytywnego wyniku próby ciśnieniowej gazociągu. Zamawiający ustalił, że zgodnie z załączonym harmonogramem roboty ziemne, w tym wykonanie zbrojenia gruntu kolumnami żwirowo - betonowymi (poz. 305) miały rozpocząć się w dniu 20.05.2013 r. Zgodnie z dziennikiem budowy rozpoczęcie tych robót zgłosił wpisem kierownik budowy (uprawnienia w specjalności inżynierskiej drogowej) w dniu 26.04.2013 r. (Dziennik budowy nr 1412/2012 tom I str. 43) informując jednocześnie, iż palowanie rozpoczęło się w dniu 17.04.2013 r. Następnie kilkakrotnie ten sam kierownik budowy potwierdzał wpisami do dziennika budowy wykonywanie pali /kolumn. Faktem jest również, iż gotowość do odbioru tych robót zgłosił w dniu 11.07.2013 r. (Dziennik budowy nr 1412/2012 Tom II, str. 15) wpisem do dziennika budowy kierownik robót branży drogowej Pan R. D. (uprawnienia w specjalności inżynierskiej drogowej). Zatem faktycznie zgodnie z tym co Wykonawca wskazał powyżej rzeczywiste rozpoczęcie wykonywania robót branży drogowej w ramach przedmiotowego zadania, nastąpiło przed podjęciem obowiązków kierownika robót branży drogowej przez Pana R. D. w dniu 18.06.2013 r. Powyższe jednoznacznie potwierdza brak spełniania postawionego przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego warunku udziału w postępowaniu. (...) Potwierdzają to wpisy do dzienników budowy: pierwszy wpis w Dzienniku budowy nr 1446/2012 potwierdzający wykonanie roboty branży drogowej pochodzi z dnia 20 czerwca 2013 r., natomiast w Dzienniku budowy nr 1412/2012 Tom II z dnia 11 lipca 2013 r. str. 15 (...) z tą tylko uwagą, że roboty te rozpoczęły się już w kwietniu 2013 r. a zostały zakończone już po objęciu funkcji przez Pana R. D., o czym mowa powyżej. Kolejnym argumentem w ocenie odwołującego potwierdzającym, że w/w roboty nie były robotami w branży drogowej ma być dowód : - z protokołów (stanowiący załącznik do odwołania) z rad technicznych właściwych dla daty wpisu w dzienniku budowy, na który powołuje się Zamawiający (22 maja 2013 r.) wynika, że w tym okresie omawiane były wyłącznie roboty mostowe i branżowe, a tym samym wyłącznie prace tego rodzaju były w tym okresie prowadzone, oraz fakt, że podwykonawca odpowiedzialny za wykonywanie całości robót branży drogowej został zaakceptowany przez Zamawiającego dopiero w dniu 28.05.2013 r. i wprowadzony na plac po tej dacie, co oznacza, że w dacie 22.05.2013 r., na którą powołuje się Zamawiający, roboty branży drogowej nie mogły być jeszcze prowadzone. W ocenie Zamawiającego przedłożony Protokół nie ma żadnej wartości dowodowej w przedmiotowej sprawie, jedynie wgląd do wszystkich protokołów z rad technicznych pozwoliłby na szersze spojrzenie i zajęcie stanowiska w zakresie robót prowadzonych na zadaniu przed objęciem funkcji przez Pana R. D.. Ponadto wbrew twierdzeniu Wykonawcy z przedmiotowego protokołu nie można wywnioskować, iż podwykonawca odpowiedzialny za wykonywanie całości robót branży drogowej został zaakceptowany przez Zamawiającego dopiero w dniu 28.05.2013 r. Z przedmiotowego Protokołu można jedynie wyczytać informację, iż cyt. „Firma MTM

zaakceptowana jako podwykonawca robót drogowych”. Brak informacji, kiedy została zaakceptowana mogło się odbyć wcześniej a na naradzie zostało to tylko przekazane „porządkowo” wszystkim uczestnikom procesu. Ponadto z zawartej informacji nie wynika, iż firma MTM miała być jedynym wykonawcą (podwykonawcą) branży drogowej. Firma Budimex jest od wielu lat wiodącym wykonawcą na rynku budowlanym, w tym infrastrukturalnym posiadającym wiedzę i doświadczenie umożliwiające mu realizację robót drogowych na zadaniach tego typu samodzielnie. Załączone dokumenty w ocenie Zamawiającego nie mają wpływu na decyzję Zamawiającego i w żaden sposób nie wskazują terminu faktycznego rozpoczęcia robót branży drogowej. Zgodnie z twierdzeniem odwołującego w niniejszym Postępowaniu, Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „robót branży drogowej”, o którym mowa w pkt 7.5.2. SWZ. W ocenie ZDW, definicja robót branży drogowej oraz jej specyfika profesjonalnemu Wykonawcy, jakim niewątpliwie jest odwołujący, nie powinna w żaden sposób przysparzać problemów. Stawiając wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie pełnienia funkcji przez osobę posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej (ściśle zdefiniowane i określone zarówno przepisami prawa jak i decyzją nadającą uprawnienia budowlane), Zamawiający oczekiwał, iż wskazana osoba będzie posiadała wiedzę jaki zakres robót wchodzi w zakres branży drogowej, za którą ściśle odpowiada i kiedy faktycznie nastąpił moment rozpoczęcia robót branży drogowej. Nie ma tu miejsca na interpretację pojęcia „branża drogowa”, gdyż to odpowiedzialność zawodowa osoby pełniącej wskazaną samodzielną funkcję techniczną w budownictwie w świetle Prawa budowlanego narzuca na nią odpowiedzialność wynikającą z ewentualnego przekroczenia swoich uprawnień. Zamawiający na podstawie analizy zapisów dziennika budowy prowadzonego przez kierownika budowy Pana B. A. posiadającego uprawnienia w specjalności inżynierskiej drogowej uznał, iż roboty te zostały skutecznie rozpoczęte w okresie, kiedy Pan R. D. nie pełnił jeszcze na zadaniu funkcji kierownika robót branży drogowej. Należy zauważyć, że osoby posiadające uprawnienia budowlane zobowiązane zostały przez ustawodawcę, pod rygorem pociągnięcia do odpowiedzialności zawodowej, do wykonywania samodzielnych funkcji zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej oraz z należytą starannością, dbając o właściwą organizację, bezpieczeństwo i jakość (art. 12 ust. 6). Jedną z podstawowych przesłanek możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności zawodowej jest dopuszczenie się występku lub wykroczeń, określonych ustawą (art. 95 pkt 1). Za taki czyn zabroniony uznaje się m.in. wykonywanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie nie posiadając odpowiednich uprawnień budowlanych lub prawa wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (art. 91 ust. 1 pkt 2). Skoro, jak twierdzi Wykonawca, przedmiotowe roboty były prowadzone poza pasem drogowym, to i tak oczywistym jest, iż Wykonawca, aby móc fizycznie przystąpić do wykonywania jakichkolwiek czynności / robót

musiał przejąć protokolarnie od inwestora teren budowy i od tego momentu odpowiadał za cały przejęty teren. Sam fakt, jakie roboty były prowadzone stricte w pasie drogowym nie ma tu żadnego znaczenia, gdyż co do zasady każda budowa/rozbudowa zmienia przebieg istniejącej drogi, a dodatkowo cały teren objęty inwestycją nie musi pokrywać się z przebiegiem istniejącej drogi. Interpretacja Wykonawcy i bezpośrednie odwoływanie się do określenia istniejącego pasa drogi jako tego, który definiuje wykonywanie robót branży drogowej jest nieprawidłowe i nie ma żadnego uzasadnienia, również technicznego. Często zdarza się, iż przebieg drogi ulega zmianie, a zakres robót drogowych dotyczy wykonania wszystkich robót nie tylko zlokalizowanych w nowym śladzie, ale również na całym otaczającym drogę terenie. Zamawiający nie uznał „jakichkolwiek” jak twierdzi, Wykonawca robót ziemnych, a konkretne roboty branży drogowej związane z rozbiórką istniejącego nasypu – najazdu na wiadukt. Biorąc powyższe pod uwagę, po przeanalizowaniu w/w dzienników budowy Zamawiający uznał, że złożone odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a inwestycja w trakcie, której Pan R. D. pełnił funkcję kierownika robót branży drogowej, tj. „Budowa ulicy Nowej Wałowej w Gdańsku” nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego przez ZDW. W związku z tym, że Zamawiający uznał, po wnikliwej analizie, że w/w inwestycja nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Pana R. D., to jedyną czynnością przewidzianą przepisami ustawy Pzp było wezwanie Wykonawcy do uzupełniania oświadczenia „Wykaz osób”, zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy. Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 128 ust. 4, jeżeli ma wątpliwości odnośnie informacji zawartych w złożonych przez Wykonawcę oświadczeniach i dokumentach, co nie miało miejsca, jak to wskazano powyżej.”.

Przystępujący w piśmie z dnia 8 września 2022r. wniósł o odrzucenie odwołania wskazując: „na skutek odwołania wniesionego przez Przystępującego w dniu 8.08.2022 r. na czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (sprawie nadano sygn. akt KIO 2074/22), Zamawiający pismem z dnia 16.08.2022 r. w całości uwzględnił zarzuty podniesione przez Przystępującego w odwołaniu zobowiązując się do unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego oraz do dokonania ponownego badania i oceny ofert. Czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego Zamawiający dokonał pismem z dnia 23.08.2022r. Zauważyć należy, iż zarzuty odwołania Przystępującego w sprawie o sygn. akt KIO 2074/22 dotyczyły naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2) oraz w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 PZP – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX, pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 7.5.2. pkt 1 kolumna 4 „Doświadczenie” SWZ tj. w zakresie dysponowania personelem posiadającym wymagane przez Zamawiającego

doświadczenie – brak potwierdzenia doświadczenia Pana R. D. w pełnieniu funkcji Kierownika robót branży drogowej przez cały czas trwania robót branży drogowej podczas realizacji zadania pn. Budowa ulicy Nowej Wałowej w Gdańsku oraz naruszenia (zarzut ewentualny) art. 128 ust. 1 PZP – poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 7.5.2. pkt 1 kolumna 4 „Doświadczenie” SWZ. 4. Potwierdzeniem zasadności ww. zarzutów, był przedstawiony przez Przystępującego dowód w postaci udzielonej w trybie dostępu do informacji publicznej odpowiedzi Inwestora ww. zadania pn. „Budowa ul. Nowej Wałowej w Gdańsku” tj. Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska, w której wskazano, iż roboty drogowe na ww. Zadaniu rozpoczęły się w dniu 12.11.2012 r., zaś Pan R. D. funkcję kierownika robót drogowych pełnił od 18.06.2013 r. 5. W ramach ponownego badania i oceny oferty, Zamawiający zgodnie z żądaniem odwołania, wezwał BUDIMEX na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 7.5.2. pkt 1 kolumna 4 „Doświadczenie” SWZ tj. w zakresie dysponowania personelem posiadającym wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. 6. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący BUDIMEX czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, przedłożył na potwierdzenie spełnienia warunku zaktualizowany Wykaz osób (a de facto trzy Wykazy osób), przedstawiające trzy nowe osoby mające potwierdzać posiadanie doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika robót branży drogowej przez cały czas trwania robót branży drogowej (Pana D. N., J. J. oraz R. R. .) 7. Zarzuty odwołania BUDIMEX dotyczą rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 PZP poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.5.2 SWZ – Instrukcji dla Wykonawców, tj. do uzupełnienia oświadczenia „Wykaz osób” oraz art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień „Wykazu osób” w zakresie doświadczenia Pana R. D. – inwestycji wykazanej w pkt 1 „Wykazu osób”. 8. Mając na uwadze powyższe okoliczności, Przystępujący w pierwszej kolejności podnosi, iż odwołanie BUDIMEX podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5) PZP jako dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Przystępującego.”

W przypadku nie uwzględnienia przez Izbę ww. wniosku, Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, dlatego zostało oddalone.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Odnosząc się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp wskazać należy, że zgodnie z ww. przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ocenie Izby taka sytuacja nie ma miejsca w rozpoznawanym stanie faktycznym. Faktem jest bowiem, że w postępowaniu wszczętym odwołaniem wniesionym przez Przystępującego w niniejszej sprawie Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, a Budimex zgłosił sprzeciw w tym zakresie. Jednak co istotne postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2074/22 zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp w związku z wycofaniem odwołania przez ówczesnego odwołującego, tj. wykonawcę NDI. W konsekwencji w ocenie Izby w rozpatrywanej obecnie sprawie nie zostały spełnione przesłanki z art. 528 pkt 5 Pzp, obligujące Izbę do odrzucenia odwołania. Wycofanie odwołania przez NDI sprawiło bowiem, że postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp, nie zaś art. 522 ust. 1 Pzp. Uwzględnienie wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania Budimex, przy tak przyjętej przez NDI strategii procesowej powodowałoby de facto, że wykonawca Budimex pozbawiony zostałby możliwości obrony swojej oferty. Wycofanie bowiem odwołania po zgłoszeniu przez Budimex sprzeciwu skutkowało tym, że Izba nie rozpatrywała merytorycznie odwołania, lecz umorzyła postępowanie na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Przystępującego co do bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego w związku ze złożeniem przez Budimex nowego wykazu osób na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, w ocenie Izby wniosek ten również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zauważyć bowiem należy, że wniesienie odwołania do KIO nie powoduje zawieszenia terminu do udzielenie odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. W sytuacji więc

uznania, jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie, że wezwanie Zamawiającego było prawidłowe, to złożenie wykazu osób przez Odwołującego po wydaniu przez Izbę wyroku byłoby działaniem spóźnionym i skutkowałoby odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. W konsekwencji, uznać należy, że Budimex składając z ostrożności procesowej w zakreślonym przez Zamawiającego terminie nowy wykaz osób miał na celu zabezpieczenia swoich interesów w postępowaniu przetargowym. Powyższe nie sprawiło jednak, że postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, dokumentów dołączonych do odwołania oraz złożonych na rozprawie przez Odwołującego oraz Przystępującego, tj.:

- 1) notatka służbowa z dnia 17 maja 2013r. – dowód nr 1 (Odwołujący),
- 2) Dziennik budowy tom I i II – dowód nr 2 (Odwołujący),
- 3) oświadczenie Ramboll Buildings z dnia 13 września 2022r. – dowód nr 3 (Odwołujący),
- 4) projekt wykonawczy – dowód nr 4 (Odwołujący),
- 5) Szczegółowe specyfikacje techniczne – dowód nr 5 (Odwołujący),
- 6) 3 protokoły z dnia 30.07.2014r., 20.08.2014r., 2.10.2014r. – dowód nr 6 (Przystępujący).

Izba ustaliła, że przytoczony w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie stan faktyczny, w tym treść warunku udziału w postępowaniu wskazanego w punkcie 7.5.2. SWZ znajdują potwierdzenie w aktach sprawy, w związku z czym Izba odstąpiła od ponownego przytaczania ustaleń faktycznych w sprawie.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba po analizie akt sprawy, złożonych dowodów, zapoznaniu się ze stanowiskiem stron zaprezentowanym w pismach procesowych oraz wysłuchaniu stanowisk stron

postępowania na rozprawie stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że p. R. D. pełniący funkcję kierownika robót branży drogowej podczas realizacji zadania pn. Budowa ulicy Nowej Wałowej w Gdańsku nie nabył doświadczenia zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 7.5.2. SWZ, tj. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych przez cały okres trwania branży drogowej.

Jak wynika po pierwsze z przedłożonego przez Przystępującego dowodu w postaci wniosku do Inwestora zadania pn. Budowa ul. Nowej Wałowej w Gdańsku tj. Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska (DRMG) w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 1 sierpnia 2022 r. oraz udzielonej przez DRMG z dnia 5.08.2022 r. odpowiedzi odnośnie „wskazania daty rozpoczęcia i zakończenia robót branży drogowej”, roboty te rozpoczęły się 12.11.2012 r., a odbiór końcowy odbył się 20 sierpnia 2014 r.

Odwołujący na rozprawie wskazywał, że podana data 12.11.2012r. dotyczyła rozpoczęcia prac na inwestycji nie zaś rozpoczęcia prowadzenia robót branży drogowej. W ocenie Izby jednak, udzielona przez DRMG odpowiedź musi być interpretowana przez pryzmat zadanego pytania, gdzie w sposób wyraźny zapytano o termin rozpoczęcia robót branży drogowej. W konsekwencji Izba stwierdziła, że z powyższego dowodu wprost wynika, iż Pan R. D. nie pełnił funkcji Kierownika robót drogowych przez cały okres trwania robót branży drogowej, co oznacza brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby jeżeli według Budimex powyższe stanowisko DRMG było nieprecyzyjne bądź nie odpowiadało prawdzie, Odwołujący mógł wystąpić do powyższego podmiotu z dodatkowym wnioskiem o sprecyzowanie udzielonej odpowiedzi. Taka sytuacja natomiast nie zaistniała, a tym samym Izba uznała złożony przez Przystępującego dowód za wiarygodny i w pełni korespondujący z treścią innych dowodów w tym z wpisami w Dzienniku budowy. Wskazać należy, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, że z wpisu dokonanego w dniu 22 maja 2013r. w Dzienniku budowy nr 1412/2012, Tom I wynika, że już w tym terminie prowadzone były roboty branży drogowej, a więc przed objęciem funkcji Kierownika robót drogowych przez Pana R. D.. Zdaniem Izby z powyższego wpisu nie można – tak jak oczekuje tego Odwołujący – wywnioskować, że wpis ten odnosi się do robót branży sanitarnej. Po pierwsze wskazać należy, że w treści wpisu inspektor nadzoru branży drogowej i projektant pełniący nadzór autorski w tej branży wskazują, że są to roboty ziemne „(...) tj. rozebranie istniejącego nasypu - najazdu na żółty wiadukt (...)”, co w ocenie Izby potwierdza fakt wykonywania właśnie robót branży drogowej. Po drugie Izba ustaliła, że jak wynika z ww. wpisu nadzór zarzucił Wykonawcy prowadzenie robót niezgodnie z SST. Dnia 24.05.2013 r. w kolejnym wpisie, nawiązującym do wpisu z dnia 22.05.2013 r., nadzór podtrzymuje zastrzeżenia zawarte we wpisie z dnia 22.05.2013 r. i wzywa Wykonawcę do zapoznania się z odpowiedzią SST D - 02.01.01 czyli Szczegółową Specyfikacją Techniczną robót branży drogowej dotyczącą robót ziemnych, w tym wypadku Wykopów w gruntach

nieskalistych, dla których obowiązuje SST D-02.01.01. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że robota polegająca na „rozebraniu istniejącego nasypu – najazdu na żółty wiadukt kratowy” stanowią roboty branży drogowej, co po raz wtóry potwierdza, że roboty te były prowadzone przed dniem 18 czerwca 2022r., a więc przed objęciem przez p. R. D. kierownika robót branży drogowej. Odnosząc się natomiast do stanowiska Odwołującego, że powyższe roboty nie były robotami w branży drogowej, z uwagi na fakt, że wpis inspektorów z dnia 22 maja 2013 r. stanowił reakcję na notatkę z dnia 17.05.2013 r., spisanej na okoliczność wizji lokalnej dotyczącej stanu istniejącego kolektora sanitarnego wskazać należy, że okoliczność, iż wizja lokalna dotyczyła stanu istniejącego kolektora sanitarnego w żaden sposób nie świadczy o tym i nie wyklucza, że prowadzone roboty ziemne dotyczyły prac związanych z przebudową gazociągu, nie zaś prac drogowych.

Kolejno wskazać należy, że w ocenie Izby dowodami potwierdzającymi okoliczność prowadzenia robót branży drogowej przed datą 18 czerwca 2013r. są protokoły złożone przez Przystępującego (dowód nr 6) na rozprawie. Podkreślić należy, że przykładowo w treści protokołu z dnia 2 października 2014r., podpisanego m.in. przez p. B. A. oraz przedstawiciela inżyniera kontraktu – firmy Ramboll, wprost wskazano, że „roboty wymienione w tabeli zostały wykonane od 12.11.2012r. do 27.06.2014r.”. Z załączników w postaci tabeli do powyższego protokołu wprost wynika, że wykonano m.in. takie elementy robót jak np. nawierzchnia drogi, chodniki z płytek betonowych, a więc w ocenie Izby roboty drogowe. W tym miejscu zauważyć należy, że wszystkie trzy protokoły stanowiące dowód nr 6, zostały podpisane m.in. przez Inżyniera kontraktu, a jak wskazywał Odwołujący inżynier kontraktu to podmiot niezależny, najbardziej obiektywny oraz posiadający wiedzę co do przebiegu zadań na inwestycji. Skoro więc podmiot ten podpisał protokoły szczegółowo określające zakres robót i ich termin, a jednocześnie podpis na ww. dokumentach złożył p. B. A., kierownik budowy ze strony Budimexu, to w ocenie Izby potwierdza to, że roboty w branży drogowej rozpoczęły się przed dniem 18 czerwca 2013r. Ponadto Izba stwierdzając, że treść tych dokumentów koresponduje zarówno z odpowiedzią DRMG na wniosek o udzielenie informacji publicznej, treścią Dziennika budowy uznała dowód ten za wiarygodny, a tym samym Izba nie dała wiary oświadczeniu spółki RAMBOLL zawartemu w piśmie z dnia 13 września 2022r. w zakresie terminu rozpoczęcia robót drogowych na inwestycji.

Kolejno wskazać należy, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że już przed datą 22 maja 2012r. w Dzienniku budowy zawarte są wpisy świadczące o prowadzeniu robót w branży drogowej, jak np.”

- wpis z dnia 13.11.2012 r. (str. 2) dokonany przez Kierownika Budowy posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności drogowej: „Rozpoczęto prace związane z wycinką

Sygn. akt KIO 2298/22

drzew, odhumusowanie przebudowa sieci gazowych oraz teletechnicznych, elektroenergetycznych”;

- wpis z dnia 13.12.2012 r. (str. 3): „Kwalifikuję i zezwalam na usunięcie drzew w pasie drogowym kolidujących z budową w km 0+100-0+200....” ;

- wpis z dnia 15.01.2013 r. (str. 5) „Proszę o potwierdzenie usunięcia wszystkich drzew kolidujących w pasie drogowym na całym zakresie zadania”;

- wpis z dnia 05.03.2013 r. (str. 26) dokonany przez Kierownika Budowy posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności drogowej: „Do dnia 28.02.2013 r. zgodnie z decyzją usunięto wszystkie drzewa kolidujące z pasem drogowym”;

- wpis z dnia 26.04.2013 r. (str. 43) dokonany przez Kierownika Budowy posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności drogowej: „Zgłaszam rozpoczęcie wykonywania kolumn betonowych FDP zgodnie z projektem posadowienia autorstwa mgr inż. Przemysława Wyrzykowskiego na najeździe na estakadę. Palowanie rozpoczęło się 17.04.2013 r.”.

Zauważyć należy, że przytoczone wyżej wpisy zostały dokonane przez Kierownika Budowy Pana B. A. posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności drogowej. Zgodnie natomiast z art.12 ust. 2 Prawa budowlanego samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (...) mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego”. Uprawnienia budowlane do projektowania / kierowania robotami budowlanymi dotyczą konkretnej specjalności określonej w art. 14 ust. 1 w/w ustawy. W ocenie Izby z powyższych przepisów w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że wpisy dokonywane przez osoby posiadające uprawnienia (do kierowania robotami budowlanymi lub projektowania) w specjalności inżynierskiej drogowej mogą dotyczyć wyłącznie robót branży drogowej, nie zaś robót innych branż, dla których niezbędne jest posiadanie odrębnych uprawnień w odpowiedniej specjalności. Powyższe wynika wprost z przepisu art. 15a ust. 9 Pzp, zgodnie z którym uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak droga w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów (pkt 1), droga dla ruchu i postoju statków powietrznych oraz przepust (2). Z przepisu tego nie wynika, jak twierdził Odwołujący, że kierownik posiadający uprawnienia budowlane w branży drogowej może dokonywać wpisów dotyczących robót budowlanych np. obejmujących specjalności branży mostowej czy sanitarnej. Odwołujący nie przedłożył także żadnego dowodu okoliczność tą potwierdzającego. W konsekwencji, w ocenie Izby, jeżeli

było tak, jak twierdzi Odwołujący, że roboty uwzględnione w Dzienniku budowy we wpisie z dnia 22 maja 2013r. dotyczyły robót branż innych niż branża drogowa, to osobami uprawnionymi do dokonywania wpisów do dziennika budowy w tym zakresie byłyby osoby pełniące funkcje techniczne na budowie posiadające uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności. Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności. W związku z powyższym wskazać należy, że dla robót związanych z przebudową gazociągu odpowiednie są uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, natomiast w zakresie robót mostowych w specjalności inżynierskiej mostowej. Jak wynika z Dziennika budowy tom I, kierownikiem robót w zakresie instalacji gazowych był p. Z. P., a kierownikiem robót mostowych pan J. S. Skoro więc Odwołujący posiadał kierowników odpowiednich specjalności, dokonujących wpisów w Dzienniku budowy, to niezrozumiałe jest, że pomimo obecności tych osób przy realizacji inwestycji wpisów dotyczących branży sanitarnej czy mostowej dokonywał kierownik budowy w branży drogowej.

Ponadto w ocenie Izby, nie może potwierdzać stanowiska Odwołującego dotyczącego rozpoczęcia prowadzenia robót drogowych okoliczność, że dopiero na naradzie technicznej w dniu 28 maja 2013r. został zaakceptowany podwykonawca robót drogowych. Okoliczność ta zdaniem Izby nie wyklucza w żaden sposób, że Budimex jako firma budowlana, przed zaakceptowaniem podwykonawcy prowadził prace o charakterze drogowym. Ponadto, Izba stwierdziła, że powyższe oświadczenie nie znajduje oparcia w dowodach złożonych do akt sprawy, a przede wszystkim do informacji wynikających z informacji publicznej, Dziennika budowy tom I, czy też protokołów stanowiących dowód nr 6.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 128 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji, że wezwanie Odwołującego było uprawnione.

Mając na uwadze przytoczone wyżej okoliczności Izba stwierdziła, także że w sprawie nie zaistniały przesłanki co do ewentualnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp. Zamawiający wykazał, że w stanie faktycznym nie powziął on żadnych wątpliwości co do okresu rozpoczęcia wykonywania robót drogowych i w konsekwencji ustalenia, że p. R. D. nie pełnił funkcji kierownika robót branży drogowej przez cały czas trwania robót branży drogowej.

Izba nie podzieliła także argumentów Odwołującego dotyczących faktu, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „robót branży drogowej”, o którym mowa w pkt 7.5.2. SWZ. W ocenie Izby Odwołujący jako profesjonalista nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do rozumienia tego pojęcia. Jeżeli jednak sformułowanie to było dla niego nieprecyzyjne,

Sygn. akt KIO 2298/22

niejasne, winien on wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 Pzp.

Przewodniczący: