

Sygn. akt: KIO 163/24

**WYROK**  
**z dnia 8 lutego 2024 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lutego 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 stycznia 2024 roku** przez wykonawcę **REMOST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębicy** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Powiat Brzozowski, reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Brzozowie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- po stronie Odwołującego:

- 1) **Wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum (1) Wolmost Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (Lider), (2) Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (Partner);**

- po stronie Zamawiającego:

- 1) **Sarinż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego Sarinż do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać

**3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Powiat Brzozowski, reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Brzozowie i Odwołującego - REMOST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębicy w następujący sposób:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **REMOST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębicy** tytułem wpisu od odwołania, a także kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego **REMOST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębicy** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Powiatu Brzozowskiego, reprezentowanego przez Zarząd Powiatu w Brzozowie na rzecz Odwołującego - REMOST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębicy** kwotę **11 800 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy ośmiuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą część uzasadnionych kosztów Strony poniesionych tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

**Przewodnicząca:**

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający: Powiat Brzozowski, reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Brzozowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa mostu w ciągu drogi powiatowej wraz z drogami dojazdowymi łączącymi Niewistkę z Jabłonicą Ruską”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 sierpnia 2023 r. pod nr. 2023/S 156-497818.

W dniu 15 stycznia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. Z 2023 r., poz. 1605 ze zmianami, dalej jako „PZP”) odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca REMOST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębicy (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty Sarinż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Sarinż”);
- 2) zaniechania wezwania Sarinż do udzielenia wyjaśnień co do treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wymaganego doświadczenia;
- 3) zaniechanie wezwania Sarinż do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie osoby posiadającej wymagane doświadczenie na stanowisku kierownika budowy;
- 4) wyboru oferty Sarinż jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sarinż jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy:
  - a. żadne z zamówień wskazanych przez tego wykonawcę nie potwierdza spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych dotyczących doświadczenia w realizacji robót budowlanych określonych w Rozdziale XIII pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ;
  - b. Sarinż był już wzywany w trybie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w celu wykazania spełniania warunku, zatem kolejne wezwanie w tym przedmiocie byłoby niedopuszczalne;ewentualnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt 1) lub 2) również naruszenie:

2) art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Sarinż do uzupełnienia Wykazu osób poprzez wskazanie osoby posiadającej wymagane doświadczenie na stanowisku kierownika budowy w sytuacji, gdy wskazany przez wykonawcę Pan K. K. nie posiadał deklarowanego doświadczenia, bowiem nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych w pełnym okresie realizacji obiektu wskazanego w wykazie;

3) art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Sarinż do udzielenia wyjaśnień w zakresie rzeczywistego zakresu prac zrealizowanych przez podmiot trzeci, tj. Wysowa Mosty sp. z o.o. potwierdzonych referencjami wystawionymi przez PORR S.A. i PORR Bau GmbH oraz Strabag sp. z o.o. w sytuacji, gdy treść tych referencji nie potwierdzała jednoznacznie, że podmiot trzeci samodzielnie wybudował wskazane w referencjach obiekty mostowe, a jedynie wskazywał, że brał udział w realizacji niektórych prac związanych z ich budową;

4) art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Sarinż do wyjaśnień w zakresie podziału obowiązków pomiędzy tym wykonawcą, a drugim członkiem konsorcjum (INTOP Warszawa sp. z o.o.) w ramach realizacji prac na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. oraz prac rzeczywiście wykonanych przez Sarinż w ramach realizacji tego zamówienia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP:

1) unieważnienie oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) odrzucenie oferty Sarinż;

3) dokonanie ponownej oceny ofert z pominięciem oferty Sarinż; ewentualnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę żądania z pkt. 2 powyżej, również o nakazanie Zamawiającemu:

4) wezwania Sarinż do uzupełnienia Wykazu osób poprzez wskazanie na stanowisku kierownika budowy osoby posiadającej doświadczenie XIII pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ;

5) wezwania Sarinż do udzielenia wyjaśnień w zakresie szczegółowego zakresu prac wykonanych przez Wysowa Mosty sp. z o.o. na rzecz PORR S.A. i PORR Bau GmbH oraz Strabag sp. z o.o., których dotyczą referencje uzupełnione w dniu 16 grudnia 2023 r., jak i podziału obowiązków pomiędzy tym wykonawcą, a (INTOP Warszawa sp. z o.o. w ramach realizacji prac na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. oraz prac rzeczywiście wykonanych przez Sarinż w ramach realizacji tego zamówienia.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, podczas gdy w przypadku odrzucenia oferty Sarinż powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 501 ust. 1 PZP, gdyż ma interes w uzyskaniu zamówienia udzielanego w ramach postępowania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia opisanych przepisów PZP w konsekwencji niezawarcia umowy z Zamawiającym.

Informacja o wyborze oferty Sarinż została przekazana przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2024 r. Tym samym odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 PZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest budowa nowego mostu przez rzekę San oraz odcinka drogi powiatowej wraz z budową umocnień brzegów rzeki.

W Rozdziale XIII pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ sformułowano następujący warunek udziału w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych wymaganych od wykonawców:

*„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zadania, obejmującego swym zakresem roboty budowlane polegające na budowie, odbudowie, rozbudowie lub przebudowie stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu), o klasie nośności A zgodnie z PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia, lub klasie nośności i zgodnie z PN-EN 1991-2007 Eurokod1: Oddziaływanie na konstrukcje; Część 2: Obciążenia ruchome mostów, oraz co najmniej jednego zadania, obejmującego swym zakresem roboty budowlane polegające na budowie, odbudowie, rozbudowie lub przebudowie stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu) o przynajmniej jednym przęśle, którego rozpiętość wynosi min. 50 m.*

*Uwaga:*

*– za zadanie zakończone uznaje się takie, dla którego wystawiono Świadectwo przejścia, Protokół końcowego odbioru lub inny, równoważny dokument, potwierdzający odbiór ich przez Inwestora;*

*– Zamawiający dopuszcza możliwość wykazania się w/w doświadczeniem uzyskanym podczas realizacji kontraktów w systemie „zaprojektuj i wybuduj”;*

*– w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zadanie powinno obejmować budowę, odbudowę, rozbudowę lub przebudowę stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu), o parametrach równoważnych z w/w;*

*– poprzez użyte powyżej sformułowania: «budowa», «odbudowa», «rozbudowa», «przebudowa», «obiekt mostowy», Zamawiający rozumie definicje zgodne z określonymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 z późn. zm.) oraz ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U z 2023 r. poz. 645 z późn. zm.).”*

– Powyższe warunki (dotyczące klasy nośności i rozpiętości przęsła) mogą być spełnione w ramach realizacji jednego zadania (obiektu) lub dwóch różnych zadań (obiektów)” (dalej jako „Warunek”).

W celu potwierdzenia spełnienia Warunku Sarinż powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. Warszawskiego Przedsiębiorstwa Mostowego Mosty Sp. z o.o. Budownictwo Sp.k., w realizacji prac związanych z przystosowaniem Mostu Łazienkowego do obsługi ruchu rowerowego (dalej jako „Przystosowanie Mostu Łazienkowskiego”). Zamawiający w dniu 8 listopada 2023 r. wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień odnośnie charakteru tego zamówienia, zaś na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający uznał, że zadanie to nie potwierdza spełnienia warunku i w rezultacie w dniu 22 listopada 2023 r. za najkorzystniejszą uznano ofertę Odwołującego, natomiast oferta Sarinż została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 2 pkt 2 lit. b) PZP.

Odrzucenie oferty zostało zaskarżone przez Sarinż, który żądał uwzględnienia zadania jako doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku lub ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w odpowiednim zakresie. Postępowanie w tej sprawie (sygn. akt: KIO 3638/23) zostało umorzone, bowiem Zamawiający w dniu 11 grudnia 2023 r. unieważnił czynność odrzucenia oferty Sarinż i wezwał tego wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie *Wykazu robót budowlanych* poprzez wskazanie innego doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku.

W odpowiedzi Sarinż przedstawił *Wykaz robót budowlanych* uzupełniony o doświadczenie własne oraz innego podmiotu trzeciego, tj. Wysowa Mosty sp. z o.o. (dalej jako „Wysowa”). Na podstawie uzupełnionych dokumentów Zamawiający uznał, że wykonawca spełnia warunek i w dniu 4 stycznia br. ogłosił wybór jego oferty.

Ponadto w dniu 22 grudnia 2023 r. Sarinż złożył odwołanie na wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Postępowanie odwoławcze toczyło się pod sygn. akt KIO 3848/23, przy czym zgodnie z zawiadomieniem Izby termin rozprawy wyznaczony na dzień 10 stycznia 2024 r. został zniesiony, zaś Izba ma w tej sprawie wydać postanowienie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. Według wiedzy Odwołującego do dnia złożenia odwołania nie podjęto dalszych czynności w tej sprawie.

#### Budowa obiektu mostowego w ramach zamówienia na budowę obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego

Z uzupełnionych przez Sarinż referencji wynika, że Wysowa działał jako podwykonawca konsorcjum PORR S.A. i PORR Bau GmbH przy realizacji zamówienia pn. „Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15”. Treść tych referencji wskazuje, że podwykonawca zrealizował „wszystkie roboty budowlane wynikające z Umowy wraz z pracami towarzyszącymi niezbędnymi do prawidłowego wykonania

*przedmiotu zamówienia*”, po czym określono termin realizacji tych prac oraz parametry techniczne realizowanego obiektu. W referencjach wskazano również, że wartość prac objętych umową podwykonawczą wynosiła 5.088.978,40 zł netto, podczas gdy całkowita wartość robót mostowych na realizowanym obiekcie wynosiła 15.123.092,00 zł netto.

Przedmiotem umowy podwykonawczej między Wysowa a PORR była *„Kompleksowa obsługa ciesielsko-zbrojarska obiektów mostowych na budowie obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego, na zasadach i w zakresie określonym w załączniku nr 1 do niniejszego Zlecenia, Protokole Negocjacji z dnia 20.12.2019 r. i dokumentami kontraktowymi w nim wymienionymi”* Ponadto zakres prac Wysowa obejmował głównie roboty żelbetowe (zbrojenie i deskowanie). Z powyższym koresponduje określona w referencjach różnica między wartością umowy podwykonawczej (ok. 5,1 mln zł netto) a wartością wszystkich prac mostowych na tym obiekcie (ok. 15,1 mln zł netto).

Podsumowując, w ocenie Odwołującego podmiot trzeci Wysowa wykonała zatem jedynie część prac związanych z budową mostu, która w ujęciu rzeczowym dotyczyła jedynie prac żelbetowych, a w ujęciu kwotowym stanowiła zaledwie 33% kosztów wykonania całego obiektu. Niewątpliwie zatem to doświadczenie nie może potwierdzać spełnienia warunku, tj. budowy obiektu mostowego, a jedynie potwierdza wykonanie części robót w ramach realizacji tego obiektu.

Znamienne jest, że również Sarinż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie potwierdził kategorycznie, że Wysowa wybudowała obiekt mostowy, lecz jedynie zachowawczo stwierdził: *„Doświadczenie Spółki WYSOWA obejmuje realizację robót budowlanych polegających na wykonaniu prac związanych z: (...) 2) budową obiektu mostowego (most) MS-1 o rozpiętości teoretycznej przęsła 43,0+3x60,0+42,5 oraz klasie nośności A (wg PN-85/S-10030) realizowanych na ramach kontraktu: «Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15».*”, co zdaje się wskazywać, że sam wykonawca nie miał przekonania, że doświadczenie to w sposób jednoznaczny potwierdza spełnianie warunku.

Omawiane referencje zdaniem Odwołującego w żadnym wypadku nie mogły zostać pozytywnie ocenione przez Zamawiającego. Treść referencji nie dawała bowiem podstaw do przyjęcia, że Wysowa samodzielnie zrealizowała wskazany w nich obiekt mostowy. Nawet jednak gdyby uznać, że pomimo tak specyficznego brzmienia referencji mogą one potwierdzać wykonanie mostu przez Wysowa, to Zamawiający powinien był wezwać Sarinż do udzielenia wyjaśnień, czego również zaniechał.

Wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy. Wobec takiej treści referencji Sarinż powinien był zadbać o przedłożenie innych dokumentów, z których wynikałoby, że zakres umowy podwykonawczej obejmował budowę

mostu czy wiaduktu przez Wysowa, a nie jedynie realizację niesprecyzowanych „prac związanych z budową obiektów mostowych”.

Budowa obiektu mostowego ramach zamówienia na budowę zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego

Z kolejnych uzupełnionych przez Sarinż referencji wynika, że Wysowa działał jako podwykonawca STRABAG sp. z o.o. przy realizacji zamówienia pn. „Budowa zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego w ciągu drogi wojewódzkiej nr 579 odcinek od km 2+209,60 do km 9+560,51”. Również i te referencje należy uznać za niewystarczające, bowiem stwierdzają jedynie, że Wysowa „w okresie od III.2021 do IX.2020 wykonała prace związane z budową obiektów mostowych: WD-1, MD-2 i WD-3” o wartości 5.168.880,41 zł netto”

W referencjach wskazano, że prace odbywały się pod ruchem kolejowym, podano parametry techniczne tych obiektów oraz ilości wykorzystanego betonu i stali zbrojeniowej do budowy każdego z nich. Natomiast w żaden sposób nie wynika z nich, aby Wysowa samodzielnie zrealizowała wskazane tam obiekty mostowe.

Również w tym przypadku Sarinż zajął zachowawcze stanowisko wskazując w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, że „Doświadczenie Spółki WYSOWA obejmuje realizację robót budowlanych polegających na wykonaniu prac związanych z: 1) budową obiektu mostowego (wiadukt) WD-3 o rozpiętości teoretycznej przęseł  $40,0+52,0+52,0+40,0=184,00$  m oraz klasie nośności A (wg PN-85/S-10030) realizowanych w ramach kontraktu «Budowa zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego w ciągu drogi wojewódzkiej nr 579 odcinek od km 2+209,60 do km 9+560,51»”.

W istocie treść referencji – a szczególnie nawiązanie do ilości zużytego betonu i zbrojenia – może wskazywać, że Wysowa odpowiadała głównie za realizację robót żelbetowych związane z budową tych obiektów. Ponadto jak wynika z umowy podwykonawczej, poza jej zakresem były m. in. obsługa geodezyjna, badania laboratoryjne, usunięcie wszystkich kolizji sieci, wykonanie dróg dojazdowych do obiektu, przygotowanie platformy roboczej pod dźwigi do montażu konstrukcji, wykonanie posadowienia pośredniego obiektu, wykonanie prac ziemnych i zabezpieczenia wykopów, wykonanie kolektora odwodnienia, barier mostowych, dostarczenie wszystkich głównych materiałów (Wysowa w swoim zakresie miała tylko materiały pomocnicze) czy ułożenie nawierzchni. Sama wartość prac zrealizowana przez Wysową stanowiła zaś ok. 30% wszystkich prac związanych z wykonaniem obiektów wskazanych w referencjach. Zakres prac zrealizowanych przez podmiot trzeci niewątpliwie nie jest jednak równoważny budowie obiektu mostowego i w żadnym wypadku nie potwierdza spełniania Warunku.



Zamawiający nie mógł uznać tych referencji za potwierdzających spełnianie warunku, a co najmniej powinien był wezwać Sarinż do odpowiednich wyjaśnień, czego zaniechał. Również Sarinż nie wykazał się należyłą starannością i nie zadbał o przedłożenie innych dokumentów, z których wynikałoby, że zakres umowy podwykonawczej obejmował budowę mostu czy wiaduktu przez Wysowa, a nie jedynie realizację niesprecyzowanych „prac związanych z budową obiektów mostowych”.

#### Wzmocnienie poprzecznic kratownicy wiaduktu na LK4

Oprócz doświadczenia Wysowy Sarinż powołał się także na własną realizację zamówienia pn. *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wzmocnienia poprzecznic kratownicy wiaduktu w km 214,863 w torze nr 1 linii nr 4 Grodzisk Mazowiecki – Zawiercie”* w ramach projektu pn. *„Modernizacja linii kolejowej nr4 – Centralna Magistrala Kolejowa etap II”* (dalej jako *„Wzmocnienie kratownicy”*), na potwierdzenie czego przedłożył wystawione przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. referencje.

Z ich treści wynika, że Sarinż wspólnie z innym członkiem konsorcjum (INTOP Warszawa sp. z o.o.) wspólnie wykonali prace projektowe, a także prace rozbiórkowe oraz montaż nowych poprzecznic, wykonanie dodatkowych konstrukcji, nowej żelbetowej płyty pomostowej, dylatacji, izolacji oraz montażu odwodnienia płyty, a także wykonanie nawierzchni kolejowej. W piśmie z dnia 16 grudnia 2023 r. Sarinż przedstawił szerszy opis tego zadania wskazując, że rzekomo stanowił przebudowę wiaduktu w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (dalej jako *„PrBud”*).

Zakres prac objętych tym zamówieniem nie potwierdza jednak spełnienia warunku. Z przedstawionych referencji w żaden sposób wynika, że opisany w nich zakres robót stanowił budowę, odbudowę, rozbudowę lub przebudowę stałego obiektu mostowego.

Wyjaśnienia zawarte w piśmie Sarinż budzą istotne wątpliwości, szczególnie, że wykonawca skoncentrował się na opisie niektórych wymagań tego zamówienia w celu wykazania, że stanowiło ono przebudowę w rozumieniu PrBud, ale nie jednocześnie nie przedstawił chociażby pozwolenia na budowę. Wydaje się prawdopodobne, że nie zostało ono wydane dlatego, że realizacja tych prac odbywała się na podstawie zgłoszenia jako remont obiektu mostowego, na co wskazuje chociażby pkt. 5 OPZ dla tego zadania, w którym opisano wymagane do sporządzenia dokumenty. Nie wymieniono tam projektu budowlanego i konieczności uzyskania pozwolenia na budowę, a jedynie projekt wykonawczy i projekty technologiczne.

Wątpliwości Odwołującego wydają się tym bardziej uzasadnione, że Sarinż nie złożył omawianych referencji w odpowiedzi na pierwsze wezwania Zamawiającego, skoro uważał je za spełniające wymagania je za spełniające warunek.

Z pisma wykonawcy nie wynika również, jaki był podział obowiązków pomiędzy członkami konsorcjum przy realizacji tego zamówienia, a w szczególności jaki zakres został

wykonany przez Sarinż, a jaki przez drugiego członka konsorcjum, tj. INTOP Warszawa sp. z o.o. (dalej jako „INTOP”). W piśmie skoncentrowano się jedynie na opisie przedmiotu zamówienia, jednak w żaden sposób nie da się z niego wywieść, że to Sarinż – a nie drugi konsorcjant – zrealizował te prace.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby to *„na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania usług, które są własnym doświadczeniem oferenta nabytym przez samodzielne ich realizowanie, a także wskazanie jakie czynności były wykonywane przez niego w ramach pracy konsorcjum”*. Jest bowiem niesporne, że *„Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”*.

Skoro zatem Sarinż nie wyjaśnił, które z prac w zakresie Wzmocnienia kratownicy wykonał samodzielnie, to Zamawiający – uznając, że to doświadczenie co do zasady potwierdza spełnianie warunku – powinien był go wezwać do udzielenia niezbędnych wyjaśnień w celu ustalenia, że prace te w istocie były wykonane przez tego wykonawcę. INTOP jest podmiotem specjalizującym się w tego rodzaju przedsięwzięciach, a zatem dalece wątpliwe jest, aby jego zaangażowanie było ograniczone do, np. spraw formalnych, niezwiązanych bezpośrednio z pracami budowlanymi.

#### Przystosowanie Mostu Łazienkowskiego

Zamawiający nie uwzględnił pierwotnie wskazanego przez Sarinż doświadczenia podmiotu trzeciego, tj. Warszawskiego Przedsiębiorstwa Mostowego Mosty Sp. z o.o. Budownictwo Sp. k. (dalej jako „WPM Mosty”), w realizacji prac związanych z przystosowaniem Mostu Łazienkowego do obsługi ruchu rowerowego poprzez budowę kładek pieszo-rowerowych wykonanych na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie (dalej jako „ZDM Warszawa”), wobec czego wezwał Sarinż do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Na tę czynność Sarinż w dniu 22 grudnia 2023 r. złożył odwołanie, w którym podważał zasadność wezwania oraz negatywną ocenę doświadczenia dotyczącego Przystosowania Mostu Łazienkowskiego w kontekście warunku. W konsekwencji w drodze tego odwołania ocenie Krajowej Izby Odwoławczej została poddana kwestia spełniania warunku na podstawie zasobów WPM Mosty. Pierwotnie Izba zamierzała rozstrzygnąć sprawę merytorycznie i w tym celu wyznaczony został termin rozprawy na dzień 10 stycznia br. Jednakże po złożeniu odpowiedzi przez Zamawiającego, w którym wniósł o odrzucenie odwołania jako dotyczącego czynności wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym we

wcześniejszym odwołaniu (zob. pkt 1.4 – 1.5 powyżej) oraz poinformował o już dokonanym wyborze Sarinż, Izba zdecydowała się odwołać termin rozprawy i wydać postanowienie na posiedzeniu niejawnym.

Nie przesądzając możliwego rozstrzygnięcia tej sprawy pozostaje stwierdzić, że konsekwencją świadomego działania Sarinż było „wyodrębnienie” oceny spełniania warunku przez WPM Mosty w oparciu o Przystosowanie Mostu Łazienkowskiego do osobnego postępowania odwoławczego. Wykonawca bowiem wyraźnie domagał się, aby Izba wypowiedziała się merytorycznie w tej kwestii jeszcze zanim oficjalnym wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. W rezultacie Odwołujący uważa, że niedopuszczalne jest rozstrzygnięcie o tym samym zagadnieniu (ocena doświadczenia WPM Mosty) w tym postępowaniu odwoławczym, skoro stanowi ono przedmiot już innego postępowania odwoławczego z wyłącznej inicjatywy Sarinż.

Mimo to z ostrożności Odwołujący podnosił, że już to pierwotnie wskazane doświadczenie niewątpliwie nie było wystarczające do uznania warunku za spełniony przez Sarinż. Gdyby podsumować treść warunku, to należało uznać, że dotyczył on doświadczenia w realizacji prac polegających na:

- 1) budowie, odbudowie, rozbudowie lub przebudowie mostu lub wiaduktu;
- 2) o przynajmniej jednym przęśle, którego rozpiętość wynosi min. 50 m; oraz
- 3) o klasie nośności A.

Tymczasem istotą zamówienia zrealizowanego przez WPM Mosty było wyłącznie dobudowanie kładek pieszo-rowerowych do już istniejącego obiektu mostowego bez istotnej ingerencji w jego konstrukcję. Budowa ścieżki pieszo-rowerowej wymagała przykręcenia wsporników do uprzednio przygotowanych elementów, co Odwołujący zilustrował następującymi fotografiami: Źródło: <https://zdm.waw.pl/dzialania/projekty-miedzynarodowe/zintegrowane-inwestycje-terytorialne/przystosowanie-mostu-lazienkowskiego-do-obslugi-ruchu-rowerowego/>

Dlatego nie bez przyczyny w referencjach dotyczących tego zadania wskazano, że jego przedmiotem było zaprojektowanie i budowa kładek pieszo-rowerowych, natomiast w żaden sposób nie wynikało z niego, że zadanie to obejmowało rozbudowę Mostu Łazienkowskiego. Również treść programu funkcjonalno-użytkowego dla tego zamówienia (dalej jako „PFU”) nie wskazywała, że zakres prac obejmuje rozbudowę samego mostu. Także SWZ, jak i jego pozostałe załączniki, nie definiowały zakresu prac objętych tym zadaniem jako „przebudowy Mostu Łazienkowskiego”, lecz wyłącznie jako wybudowanie kładek pieszo-rowerowych (określanych też – z perspektywy celu inwestycji – właśnie jako „przystosowanie Mostu Łazienkowskiego do obsługi ruchu rowerowego”).

Zresztą w pkt. 2.2 Koncepcji budowy kładek rowerowych (załącznik do SWZ w przetargu na Przystosowanie Mostu Łazienkowskiego) następująco opisano konstrukcję

ścieżki: „Budowa ścieżki rowerowej została przewidziana na etapie prac projektowych odbudowy mostu. Na długości przęseł stalowych zaprojektowano węzły do podwieszenia wsporników kładki. Konstrukcja mostu jest wzmocniona i przystosowana do wykonania pod wspornikiem płyty konstrukcji kładki”. Most Łazienkowski uległ częściowemu uszkodzeniu wskutek pożaru w 2015 r. Jego kompleksowy remont kosztował ok 104,4 mln zł i obejmował m. in. przygotowanie mostu pod montaż kładek pieszo-rowerowych w przyszłości (pkt. 6 Koncepcji remontu Mostu Łazienkowskiego: „Wymiana przęseł stalowych pozwoli na przyszlą lokalizację w przestrzeni mostu ścieżek rowerowych (...)”

Sarinż w odpowiedzi z dnia 16 grudnia 2023 r. na wezwanie do uzupełnienia referencji podtrzymał stanowisko, że również Przystosowanie Mostu Łazienkowskiego spełnia warunek i zwrócił uwagę na zawarte w nim odesłanie do przepisów Prawa budowlanego.

Jednakże w tej ustawie nie zawarto definicji „rozbudowy”, bowiem jest ona jedynie elementem definicji „budowy” (art. 3 pkt 6 PrBud). Natomiast w orzecznictwie można spotkać wiele interpretacji, z których dominować wydaje się następująca: „rozbudowa związana jest zatem ze zmianą charakterystycznych parametrów obiektu, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, która jednak nie prowadzi do powstania żadnego nowego obiektu, lecz do modyfikacji obiektu wcześniej istniejącego” (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 maja 2018 r., II GSK 1318/16).

Zarówno przywołany wyrok, jak i orzecznictwo sądów administracyjnych cytowane w odwołaniu dotyczy wyłącznie interpretacji przepisów PrBud (w praktyce: ustalenia, czy dane prace stanowią budowę, a tym samym wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę). Natomiast w tej sprawie konieczne jest szersze spojrzenie: nie tylko na samą definicję rozbudowy na gruncie PrBud, ale też cel, w jaki formułuje się warunki udziału w postępowaniu. Przedmiotem udzielanego zamówienia jest budowa całkowicie nowego obiektu mostowego. Do zrealizowania tego zamówienia wystarczające mogą być również kompetencje pozyskane w rezultacie rozbudowy takiego obiektu, ale – jakkolwiek pojęcie rozbudowy jest nieostre – to jednak należy rozróżnić przebudowę polegającą na, np. poszerzeniu konstrukcji mostu od podwieszenia kładek pieszo-rowerowych.

Natomiast trafnie wskazuje się w orzecznictwie:

1) „znaczenie warunków udziału, które stanowią element treści oświadczenia woli Zamawiającego adresowanego do wykonawców, w tym przypadku niewątpliwie profesjonalistów (...) nawet w sytuacji, gdy okazuje się, że warunek udziału mógłby zostać sformułowany bardziej dobitnie, w lepszy sposób oddając intencje zamawiającego (co nie miało miejsca w tej sprawie), nie zwalnia to wykonawcy z podjęcia starań, aby - kierując się choćby regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z Kodeksu cywilnego -

*odczytać wolę zamawiającego na podstawie wszechstronnego rozważenia okoliczności, przede wszystkim treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

2) *„Zgodnie z art. 112 ust. 1 pzp, warunek ma być proporcjonalny i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykładnia następuje zatem zawsze w sposób uwzględniający przedmiot zamówienia.”*

W przypadku zadania referencyjnego WPM Mosty jedynie dobudował kładki do istniejącej konstrukcji, co jednak nie wymagało takich samych kompetencji z branży mostowej, jak w przypadku przebudowy samego mostu. Wykonawca nie musiał analizować konstrukcji Mostu Łazienkowskiego i jego parametrów tak szczegółowo, jak w przypadku przebudowy samego mostu. Nie bagatelizując skomplikowania prac związanych z budową kładki wypada stwierdzić, że wystarczające było poleganie jedynie na niektórych z tych parametrów, aby zaprojektować i wykonać samo podwieszenie kładek, jednak bez istotnej ingerencji w konstrukcję mostu.

Trafnym przykładem byłby przetarg o udzielenie zamówienia na budowę masztów radiowych. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem *„roboty budowlane polegające na wymianie i montażu nowych anten na istniejącym maszcie są rozbudową. Rozbudowa istniejącej stacji bazowej telefonii komórkowej, polegająca na wymianie niektórych jej elementów, które nie są identyczne z dotychczasowymi i mogą np. wytwarzać promieniowanie o dużo większej mocy - stanowi nowe przedsięwzięcie, nie ma przy tym znaczenia, że nowe anteny umieszczone są na istniejącym już maszcie”* (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 września 2017 r. VII SA/Wa 2259/16). Zatem podmiot, który jedynie zainstalował na już istniejącym maszcie dodatkowe anteny, powinien być uznany za wykonawcę przebudowy całego masztu – niewątpliwie na gruncie PrBud takie twierdzenie będzie prawidłowe. Ale już na gruncie art. 112 ust. 1 PZP wniosek, że wykonawca realizując taki rodzaj przebudowy uzyskał doświadczenie wymagane na budowę radiowego byłoby co najmniej dyskusyjne.

W przypadku zamówień na budowę nowych inwestycji zamawiający powszechnie dopuszczają powołanie się również na doświadczenie w przebudowie podobnych obiektów, natomiast próby zawężania warunku do doświadczenia wyłącznie w budowie (w wąskim rozumieniu, tj. „od zera”) są kwestionowane przez wykonawców, ale i Izbę. Zatem gdyby warunek był ograniczony wyłącznie do doświadczenia w budowie nowego mostu, to Zamawiający spotkałby się z zarzutem sformułowania warunku niezasadnie ograniczającego konkurencję – w szczególności biorąc pod uwagę częste realizacje w których pod nazwą przebudowa lub rozbudowa kryje się de facto budowa obiektu od podstaw lub przy zachowaniu niewielkiej części obiektu istniejącego (np. podpór).

W omawianym przypadku Zamawiający, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencyjności postępowania, dopuścił doświadczenie obejmujące wyłącznie przebudowę istniejącego mostu, co jednak nie oznacza, że taki warunek może być interpretowany sprzecznie z jego celem i umożliwiać wybór oferty wykonawcy, który jedynie dobudował kładki do istniejącego obiektu, lecz nie realizował prac projektowych i budowlanych związanych z ingerencją w samą konstrukcję mostu.

Jednocześnie zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu nie są w stanie antycypować wszelkich możliwych sposobów, w jaki wykonawcy będą próbowali „ominąć” treść wymogu poprzez powoływanie się na doświadczenie tylko pozornie zbieżne z brzmieniem i celem danego warunku. Zamawiający mogą albo ograniczyć zakres wymaganego doświadczenia (w tym przypadku – np. wyłącznie do budowy obiektu mostowego), co zawsze ograniczy konkurencyjność postępowania, albo wpaść w kazuistykę poprzez bardzo szczegółowe opisywanie warunku, co w praktyce nieraz tylko kolejne potęguje wątpliwości.

Dlatego oceniając doświadczenie, takie jak obecnie analizowane, konieczne jest celowościowe spojrzenie na art. 112 ust. 1 PZP i przyjęcie perspektywy takiej, jak m. in. w wyroku Izby z 18 października 2021 r., KIO 27872//21: *„Jednak poza tytułem decyzji, w którym rzeczywiście użyto słów "rozbudowa" i "przebudowa", z jej treści nie wynika taki zakres (zakres ten jest tożsamy z tym wynikającym z pism ZDiUM przywołanych wyżej). W ocenie Izby dla prawidłowej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu decydujące znaczenie powinien mieć zakres wykonanych prac, a nie tytuł decyzji, na podstawie której prace te zostały wykonane. Jest bezsporne, że wykonane przez Odwołującego prace polegały na wyznaczeniu tras rowerowych i budowie ciągu pieszo rowerowego. Taki zakres prac wynika z przedstawionych przez Strony dowodów. Sporne jest natomiast między Stronami i Przystępującym, czy można uznać takie prace za rozbudowę drogi. Gdyby przyznać rację Odwołującemu należało by uznać, że wykonawca legitymujący się doświadczeniem w budowie ciągu pieszo - rowerowego/tras rowerowych spełnia warunek polegający na budowie lub rozbudowie drogi klasy Z lub wyżej, a tym samym posiada dostateczne doświadczenie w celu budowy takiej drogi. W ocenie Izby taki wniosek jest zbyt daleko idący oraz przeczy zdrowemu rozsądkowi”*.

Dlatego też Odwołujący uważa, że omawiane doświadczenie nie było wystarczające dla uznania warunku za spełnionego. Natomiast jeszcze bardziej jednoznaczne są kwestie dotyczące rozpiętości przęseł kładki rowerowej czy jej nośności.

Z dokumentacji budowy kładek wynika, że przęsła miały długość do 7,5 m. Oznacza to, że sama kładka miała zdecydowanie mniejszą rozpiętość przęseł i to w dodatku całkowicie niepowiązaną z rozpiętością przęseł Mostu Łazienkowskiego. Konstrukcja kładki, w żaden sposób nie była uwarunkowana rozpiętością czy liczbą przęseł tego mostu.

Jak wyjaśnił ZDM Warszawa: „montaż kolejnych segmentów kładki odbywa się według ściśle określonej kolejności. Na początku każdy kolejny element konstrukcji ustawiany jest na platformie roboczej, w określonej pozycji. Kolejny krok to przemieszczenie elementu w miejsce, gdzie zostanie wbudowany, jego opuszczenie oraz przykręcenie do wcześniej wykonanych wsporników. Potem następuje ustawienie segmentu w odpowiedniej pozycji i wykonanie spoiny montażowej, łączącej nowy element z tymi już wcześniej zmontowanymi. Czynności te są powtarzane przy kolejnych segmentach”. Proces montażu poszczególnych segmentów został przedstawiony również na filmie dostępnym pod adresem: <https://www.youtube.com/watch?v=8CX-kt9uj6E>, natomiast poniższe zdjęcia ilustrują konstrukcję kładek, jej przeszłą i sposób montażu do przeseł Mostu Łazienkowskiego.

Warunek wymagał również prac budowlanych dotyczących mostu „o klasie nośności A zgodnie z PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia, lub klasie nośności I zgodnie z PN-EN 1991-2007 Eurokod1: Oddziaływanie na konstrukcje; Część 2: Obciążenia ruchome mostów”. Wymogów tych nie spełniała kładka pieszo-rowerowa, bowiem minimalny parametr techniczny w zakresie nośności określono w pkt 1.2.1.5 PFU następująco: „Obciążenie użytkowe: tłumem 5 kN/m<sup>2</sup>, sprawdzenie na pojazd serwisowy o masie 3,5t”. Natomiast to na etapie remontu Mostu Łazienkowskiego przewidziano konieczność montażu kładek i to wówczas dokonano niezbędnych obliczeń w celu przeprowadzenia odbudowy mostu. Oznacza to, że wykonane kładki pieszo-rowerowe posiadają nośność zdecydowanie mniejszą od określonej w warunku. Jednocześnie WPM Mosty nie musiał dokonywać jakichkolwiek ingerencji w konstrukcję samego mostu w związku ze zmianą jego minimalnej nośności po wybudowaniu kładek. Powyższe musiał uwzględnić w niezbędnym zakresie wykonawca remontu mostu, natomiast WPM Mosty wykonał jedynie projekt kładek oraz ich montaż przy uwzględnieniu już istniejących parametrów tego obiektu.

Z przyczyn Przystosowanie Mostu Łazienkowskiego nie można traktować jako „rozbudowy” Mostu Łazienkowskiego w rozumieniu warunku i tym samym uznać, że doświadczenie podmiotu trzeciego było wystarczające dla oceny warunku za spełniony.

#### Budowa mostu przez rzekę Wieprz

Sarinż w pierwotnie złożonym wykazie powołał się na doświadczenie w realizacji zadania pn. „Budowa mostu przez rz. Wieprz w ciągu drogi krajowej nr 74 w m. Szczepieszyn”. Referencje te nie budzą wątpliwości, bowiem – w przeciwieństwie do wszystkich pozostałych składanych przez tego wykonawcę – jednoznacznie potwierdzają realizację nowego obiektu mostowego. Ponieważ jednak dotyczą obiektu o rozpiętości teoretycznej przeszłą wynoszącej 38,50 m (a nie wymaganych 50 m) zatem nie są one wystarczające do uznania warunku za spełniony.

Natomiast wobec braku innych prawidłowych referencji Zamawiający powinien był uznać, że Sarinż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i na tej podstawie jego oferta powinna zostać odrzucona.

Niewystarczające doświadczenie osoby wskazanej na stanowisku kierownika budowy

Niezależnie od kwestii doświadczenia Sarinż czy udostępniających mu zasoby podmiotów trzecich Sarinż wprowadził w błąd Zamawiającego co doświadczenia osoby wskazanej na stanowisku kierownika budowy, tj. Pana K. K., który w rzeczywistości nie posiada doświadczenia zadeklarowanego przez wykonawcę w Wykazie osób.

Zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 4 lit. b) w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca powinien wskazać na stanowisku kierownika budowy:

*„1 osoba posiadająca następujące, minimalne kwalifikacje zawodowe, uprawnienia i doświadczenie, tj.:*

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej – bez ograniczeń;*
- doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy lub Kierownika robót mostowych podczas realizacji min. 1 kompleksowego zadania (od rozpoczęcia do zakończenia robót budowlanych) obejmującego swym zakresem roboty budowlane polegające na budowie, odbudowie, rozbudowie lub przebudowie stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu), zaprojektowanego na obciążenia klasy A zgodnie z PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia, lub klasy I zgodnie z PN-EN 1991-2007 Eurokod1: Oddziaływanie na konstrukcje; Część 2: Obciążenia ruchome mostów, o przynajmniej jednym przęsle, którego rozpiętość wynosi min. 50 m.”*

Sarinż do pełnienia tej funkcji wyznaczył Pana K. K., który zgodnie z przedstawionym przez wykonawcę opisem posiadał wymagane doświadczenie w związku z pełnieniem funkcji kierownika robót mostowych zadania inwestycyjnego: „Budowa Drogi Ekspresowej S7 Lubień – Rabka odc. III” w odniesieniu do obiektu nr 21w ciągu S7 o długości 2 x 992,0m - dwunastoprzęsłowy o długościach przęseł: 56,0m+4 x 70,0m+90,0+ 2 x 140,0m + 90,0m + 2 x 70,0m +56,0m i klasie nośności A realizowanego na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

Według informacji udzielonych Odwołującemu przez GDDKiA:

*„- Pan Krzysztof Klimkiewicz sprawował obowiązki Kierownika robót mostowych obiektu nr 21 w okresie: od 04.06.2018 (zgłoszenie do WINB) do 05.02.2019 (zakończenie pełnienia funkcji kierownika wg wpisu w Dzienniku budowy)*

*- Data rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych obiektu nr 21: 31.03.2016 - 28.09.2019 r.”*



Powyższe oznacza, że sam obiekt mostowy był realizowany przez niespełna 40 miesięcy, podczas gdy Pan K. K. pełnił funkcję kierownika robót mostowych zaledwie przez okres 8 miesięcy. Jednocześnie Sarinż nie wskazał innego doświadczenia tej osoby, które mogłoby potwierdzić spełnianie warunku w zakresie dysponowania kierownikiem budowy.

Ponieważ wykonawca dotychczas nie był wzywany do uzupełnienia Wykazu osób w omawianym zakresie, zatem odrzucenie oferty byłoby z tej przyczyny byłoby przedwczesne, natomiast nie budzi wątpliwości Odwołującego konieczność wskazania przez Sarinż innej osoby, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy i jednocześnie posiadała wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak we wstępie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego zgłoszono następujące przystąpienia:

- po stronie Odwołującego:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum  
(1) Wolmost Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (Lider),  
(2) Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (Partner);

- po stronie Zamawiającego:

- 1) Sarinż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący” lub „Sarinż”).

Izba potwierdziła spełnienie warunków formalnych i dopuściła wykonawców jako Przystępujących.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości.

W dniu 22 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę „REMOST” Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy, o czym poinformował wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający przekazał Wykonawcom uzasadnienie odrzucenia oferty Wykonawcy „SARINŻ” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na powyższe, w dniu 4 grudnia 2023 r. „SARINŻ” Sp. z o.o. wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 3638/23).

W dniu 11 grudnia 2023 r. Zamawiający po uwzględnieniu zarzutów przytoczonych przez „SARINŻ” Sp. z o.o. w odwołaniu dokonał n/w czynności, tj.:

- 1) Unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Wykonawcy „REMOST” Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy;
- 2) Unieważnił czynność odrzucenia oferty Wykonawcy „SARINŻ” Sp. z o.o. o czym poinformował wszystkich Wykonawców, oraz;
- 3) Wezwał „SARINŻ” Sp. z o.o. na podst. art. 128 ust. 1 w związku z art. 122 ustawy Pzp. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót, z uwagi na to, iż wykazana pierwotnie w wykazie robót inwestycja pn.: „Przystosowanie Mostu Łazienkowego do obsługi ruchu rowerowego zrealizowana przez podmiot udostępniający doświadczenie, tj.: Warszawskiego Przedsiębiorstwa Mostowego Mosty Sp. z o.o. Budownictwo Sp. k. z siedzibą w Warszawie, nie potwierdziła spełnienia wymaganego w SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia Wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza z uwagi na unieważnienie przez Zamawiającego zaskarżonych czynności, postanowieniem z dnia 12 grudnia 2023 r. (sygn. akt: KIO 3638/23), umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 16 grudnia 2023 r. „SARINŻ” Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przekazał Zamawiającemu uzupełniony wykaz robót zawierający dodatkowe zadania (inwestycje), których realizacja potwierdza spełnianie wymaganych warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 20 grudnia 2023 r. Zamawiający po uwzględnieniu uzupełnionego przez „SARINŻ” Sp. z o.o. wykazu robót, dokonał ponownej oceny złożonych ofert, w wyniku której, na podst. przyjętych kryteriów oceny ofert, oferta „SARINŻ” Sp. z o.o. uzyskała najwyższą ilość punktów, o czym Zamawiający w tym samym dniu poinformował również „SARINŻ” Sp. z o.o.

W dniu 21 grudnia 2023 r. „SARINŻ” Sp. z o.o. wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 3848/23), zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp., poprzez niezasadne jego zastosowanie, i wezwanie go do uzupełnienia wykazu robót budowlanych.

W dniu 4 stycznia 2024 r. Zamawiający po dokonaniu powtórzonych czynności badania i oceny ofert, jako najkorzystniejszą, wybrał ofertę „SARINŻ” Sp. z o.o., o czym w tym samym dniu poinformował wszystkich Wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 10 stycznia 2024 r, Sygn. akt KIO 3848/23 umorzyła postępowanie odwoławcze na podst. art. 568 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie wszczął względem Wykonawcy „SARINŻ” procedury przewidzianej w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp., gdyż stał na stanowisku, iż Wykonawca ten potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego doświadczenia, poprzez złożone w tym zakresie właściwe podmiotowe środki dowodowe, tj.:

- 1) Wykaz robót budowlanych z dnia 31.10.2023 r., i uzupełniony wykaz robót z dnia 16.12.2023 r.;
- 2) Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót, tj.: referencje wystawione odpowiednio dla:
  - a) Wykonawcy „SARINŻ” przez GDDKiA O/Lublin oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.;
  - b) podmiotu „WYSOWA Mosty” Sp. z o.o. przez „STRABAG” Sp. z o.o., oraz Konsorcjum „PORR” S.A. i „PORR” Bau GmbH 9 .

Warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia Wykonawcy w zakresie wymaganej nośności obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu), tj. klasy nośności A (wg PN-85/S-10030) został spełniony przez Wykonawcę „SARINŻ” poprzez wykazanie się doświadczeniem własnym przy realizacji zadania pn.: „Budowa mostu przez rzekę Wieprz w ciągu drogi krajowej nr 74 w m. Szczepieszyn” wykonanego na rzecz GDDKiA Oddział w Lublinie (poz. nr 4 wykazu robót). Podmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę na tę okoliczność wskazują, że zakres rzeczowy robót wykonanych w ramach zadania obejmował budowę obiektu mostowego (mostu) o wymaganej przez Zamawiającego klasie nośności, w tym przypadku klasy obciążenia „A”. Należyte wykonanie tych robót potwierdzają referencje wystawione w dniu 30.07.2021 r. przez inwestora zadania, tj. GDDKiA O/Lublin.

Warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia Wykonawcy w zakresie wymaganej długości przęsła obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu), tj. przęsła o rozpiętości min. 50 m, został spełniony przez Wykonawcę „SARINŻ”, poprzez wykazanie się zarówno doświadczeniem własnym, jak i doświadczeniem podmiotu, na którego zasobach polega na podst. złożonego zobowiązania, i tak:

- Doświadczenie własne SARINŻ wykazane poprzez realizację zadania pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wzmocnienia poprzecznic kratownicy wiaduktu w km 214,863 w torze nr 1 linii nr 4 Grodzisk Mazowiecki – Zawiercie” w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 – Centralna Magistrala Kolejowa etap II”

wykonanego na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (poz. nr 5 wykazu robót). Podmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę na tę okoliczność wskazują, że zakres rzeczowy robót wykonanych w ramach zadania obejmował przebudowę obiektu mostowego (wiaduktu) o wymaganej przez Zamawiającego długości przęsła, w tym przypadku przęsła wiaduktu o długości teoretycznej przęsła 94,41 m. Należyte wykonanie tych robót potwierdzają referencje wystawione w dniu 14.08.2019 r. przez inwestora tego zadania, tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

W rezultacie wykonanych robót doszło do zmiany parametrów technicznych i użytkowych obiektu, a o tym, że roboty te miały charakter „przebudowy” stanowi chociażby Opinia techniczna wydana przez Fundację Nauk dla Budownictwa z lipca 2018 r. przedłożona przez Wykonawcę wraz z wykazem robót, w której czytamy: *„Koncepcja przebudowy pomostu przypomina jego pierwotną konstrukcję (...)”*. Rozstrzygnięcie co do wątpliwości dotyczących podziału obowiązków pomiędzy członkami konsorcjum realizującym przedmiotowe zadanie znajduje się w treści referencji wydanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w których czytamy: *„Firma SARINŻ” Sp. z o.o. wykonała wszystkie powierzone prace zgodnie z dokumentacją i ustaleniami. Potwierdzamy, iż roboty były prowadzone fachowo, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz terminowo. (...)”*

- Doświadczenie podmiotu „WYSOWA Mosty” Sp. z o.o., na którego zasobach Wykonawca SARINŻ polega wykazane poprzez realizację zadań pn.:

1) „Budowa zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego w ciągu drogi wojewódzkiej nr 579 odcinek od km 2+209,60 do km 9+560,51” zadanie wykonane na rzecz Firmy „STRABAG” Sp. z o.o.. (poz. nr 2 wykazu robót).

Podmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę na tę okoliczność wskazują, że zakres rzeczowy robót wykonanych w ramach zadania obejmował m.in. budowę stałego obiektu mostowego (wiaduktu „WD-3”) o wymaganej przez Zamawiającego długości przęsła, w tym przypadku przęsła wiaduktu o rozpiętości teoretycznej przęseł 40,0m+52,0m+52,0m+40,0m. Należyte wykonanie tych robót potwierdzają referencje wystawione przez Firmę „STRABAG” Sp. z o.o., w treści których czytamy m.in.: *„Firma PRI Wysowa Spółka z o.o. (obecnie „WYSOWA Mosty” Sp. z o.o.) posiada odpowiedni potencjał techniczny oraz kadrowy, który umożliwił wykonanie zadania objętego umową osobiście, z należytą profesjonalną starannością (...)”*. Powyższe pozwala uznać, że udział podmiotu „WYSOWA Mosty” Sp. z o.o. w realizacji przedmiotowego zadania jako podwykonawcy realizującego chociażby część robót związanych z konstrukcją wiaduktu WD-3, nie pozbawia go możliwości legitymowania się zdobytym doświadczeniem w tym zakresie. Doświadczenie uzyskiwane przez podwykonawcę w związku z realizowanym zamówieniem, należy traktować dwojako, tj.: zarówno jako doświadczenie własne generalnego Wykonawcy, jak i doświadczenie własne podwykonawcy .

2) „Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15” zadanie wykonane na rzecz konsorcjum Firm „PORR” S.A. i „PORR” Bau GmbH (poz. nr 3 wykazu robót).

Podmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę na tę okoliczność wskazują, że zakres rzeczowy robót wykonanych w ramach zadania obejmował budowę stałego obiektu mostowego (mostu – obiekt „MS-1”) o wymaganej przez Zamawiającego długości przęsła, w tym przypadku przęsła mostu o rozpiętości przęseł 43,0m+3x60,0m+42,5m. Należyte wykonanie tych robót potwierdzają referencje wystawione przez konsorcjum Firm „PORR” S.A. i „PORR” Bau GmbH. w treści, których czytamy m.in.: *„Poświadczamy, że wyżej opisane roboty budowlane (przyp. Obiekt MS-1) zostały wykonane przez PRI Wysowa Spółka z o.o. (obecnie „WYSOWA Mosty” Sp. z o.o.) w sposób należyty (...).”* Pozwala to uznać, że udział podmiotu „WYSOWA Mosty” Sp. z o.o. w realizacji przedmiotowego zadania jako podwykonawcy, nie pozbawia go możliwości legitymowania się zdobytym doświadczeniem w tym zakresie.

Zamawiający podkreślił, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych robót jest wykaz robót budowlanych, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, co wynika wprost z § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415). Wobec powyższego należy uznać, że to nie referencje, których rolą jest jedynie poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz robót budowlanych będący oświadczeniem Wykonawcy stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadane przez tego Wykonawcę doświadczenia (tak wyrok z dnia 22 października 2018 r., KIO 2038/18).

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią jedynie potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Dlatego też oceniając rzeczywisty zakres robót przedstawianych w wykazach, nie można opierać się wyłącznie na treści referencji czy poświadczeń, gdyż ich rolę przy weryfikacji podmiotowych środków dowodowych, wyraźnie określił ustawodawca.

Zamawiający dokonując oceny spełnienia przez Wykonawcę SARINŻ warunków udziału w zakresie wymaganego doświadczenia Wykonawcy, opierał się w szczególności na treści złożonego wykazu robót (tj.: oświadczenia Wykonawcy) oraz treści pisma Wykonawcy z dnia 16.12.2023 r., w którym to szeroko opisał zakres przedstawionych w wykazie robót. Zamawiający nie wszczął wobec Wykonawcy SARINŻ procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp., gdyż z informacji przedstawione zarówno w wykazie robót

budowlanych, jaki i piśmie z dnia 16.12.2023 r. potwierdzały, iż Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Procedurę wyjaśniającą w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może wszcząć, jeżeli ma on wątpliwości co do treści przedkładanych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów, w tym przypadku, opierając się na przedłożonych przez Wykonawcę podmiotowych środkach dowodowych, takich wątpliwości Zamawiający nie miał. Dlatego też nie sposób mówić o zaniechaniu przez Zamawiającego czynności, co do której zobowiązany był na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Zaniechania wezwania Wykonawcy SARINŻ do uzupełnienia wykazu osób w zakresie osoby posiadającej wymagane doświadczenie na stanowisku kierownika budowy.

Zamawiający nie wszczął względem Wykonawcy procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp., gdyż stał na stanowisku, iż Wykonawca ten potwierdził spełnienie warunków udziału w odniesieniu do wymaganego doświadczenia osoby przewidzianej na stanowisko Kierownika budowy, poprzez złożone w tym zakresie właściwe podmiotowe środki dowodowe, tj.: wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego z dnia 31.10.2023 r.

Wykonawca w wykazie osób (poz. nr 1) na stanowisko Kierownika budowy wskazał Pana Krzysztofa Klimkiewicza posiadającego wymagane uprawnienia budowlane oraz zgodnie z wymogiem Zamawiającego opisał jego doświadczenie zawodowe, z treści którego w sposób bezsporny wynikało, iż osoba ta pełniła funkcję Kierownika robót mostowych przy realizacji obiektu nr 21 w ciągu budowanego odcinka drogi ekspresowej S7, od rozpoczęcia do zakończenia robót na tym obiekcie. Zgodnie z zapisami SWZ, Zamawiający nie wymagał od Wykonawców dodatkowych dokumentów – potwierdzających wskazane w wykazie osób doświadczenie zawodowe osoby przewidzianej na stanowisko Kierownika budowy.

Zamawiający dokonując oceny spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, opierał się wyłącznie na treści złożonego wykazu osób (oświadczenia Wykonawcy). Zamawiający nie wszczął wobec Wykonawcy procedury uzupełniającej, przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp., gdyż informacje przedstawione w wykazie osób, w sposób bezsporny potwierdzały, iż Wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Procedurę uzupełniającą w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. zamawiający wszczyna, jeżeli zachodzi którakolwiek z okoliczności wymienionych w tym przepisie, tj.: Wykonawca nie złożył wykazu, jest on niekompletny, lub zawiera on błędy. W omawianym przypadku, żadna z powyższych okoliczności nie zaistniała, dlatego też nie sposób mówić o zaniechaniu przez

Zamawiającego czynności, co do której zobowiązany był na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu następuje poprzez przedłożenie zamawiającemu przez Wykonawcę właściwych w tym zakresie podmiotowych środków dowodowych, i co do zasady jest to jedyna możliwość potwierdzenia spełnienia warunków. W tym przypadku, niezasadnym byłoby uznanie, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty Wykonawcy SARINŹ nie dochował należytej staranności, zaniechując wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych czy ich uzupełnienia.

W związku z powyższym, Zamawiający wnosił jak na wstępie.

Przystępujący złożył pisemne stanowisko wraz z dodatkowym materiałem dowodowym, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w odwołaniu i pozostałych pismach procesowych wiernie przytoczono zapisy dokumentów z postępowania, nie zachodzi potrzeba ich ponownego przywoływania.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

Z odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego jednoznacznie nie wynika, które z prac wymienionych w Wykazach robót Zamawiający uznał za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wobec tego Izba odniesie się do wszystkich zamówień referencyjnych, które zakwestionowano w odwołaniu.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych brzmiał następująco:

*„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zadania, obejmującego swym zakresem roboty budowlane polegające na budowie, odbudowie, rozbudowie lub przebudowie stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu), o klasie nośności A zgodnie z PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia, lub klasie nośności i zgodnie z PN-EN 1991-2007 Eurokod1: Oddziaływanie na konstrukcje; Część 2: Obciążenia ruchome mostów, oraz co najmniej jednego zadania, obejmującego swym zakresem roboty budowlane polegające na budowie, odbudowie, rozbudowie lub*

*przebudowie stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu) o przynajmniej jednym przęśle, którego rozpiętość wynosi min. 50 m.*

*Uwaga:*

*za zadanie zakończone uznaje się takie, dla którego wystawiono Świadectwo przejścia, Protokół końcowego odbioru lub inny, równoważny dokument, potwierdzający odbiór ich przez Inwestora;*

*Zamawiający dopuszcza możliwość wykazania się w/w doświadczeniem uzyskanym podczas realizacji kontraktów w systemie „zaprojektuj i wybuduj”;*

*w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zadanie powinno obejmować budowę, odbudowę, rozbudowę lub przebudowę stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu), o parametrach równoważnych z w/w;*

*poprzez użyte powyżej sformułowania: «budowa», «odbudowa», «rozbudowa», «przebudowa», «obiekt mostowy», Zamawiający rozumie definicje zgodne z określonymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 z późn. zm.) oraz ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U z 2023 r. poz. 645 z późn. zm.).”*

*Powyższe warunki (dotyczące klasy nośności i rozpiętości przęsła) mogą być spełnione w ramach realizacji jednego zadania (obiektu) lub dwóch różnych zadań (obiektów)”.*

Za niesporny i nie kwestionowany w sprawie uznać należało zakres, wartość i charakter prac referencyjnych przedstawionych przez Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego. Sporną kwestią jest sam sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu i jego interpretacja przedstawiona przez uczestników postępowania odwoławczego. Strony prezentowały także odmienne stanowisko, które z prac referencyjnych potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Zamawiający w warunku wymagał wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej jednego zadania obejmującego swym zakresem roboty budowlane polegające na budowie, odbudowie, rozbudowie lub przebudowie stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu) o konkretnych parametrach określonych warunkiem, przy czym zadanie to miało zostać zakończone (Zamawiający wyjaśnił, jakie zadania traktował będzie jako zakończone), a także wskazano, że o rozumieniu użytych w warunku sformułowań decydują definicje wynikające z ustawy Prawo budowlane. Tym samym, wbrew twierdzeniom odwołania, Zamawiający nie utożsamiał spełnienia warunku udziału rozumianego jako zakończenie wszystkich prac lub zrealizowanie konkretnego rodzaju prac na obiekcie mostowym, czyli kompleksowe wykonanie obiektu mostowego. Innymi słowy, Zamawiający nie wymagał, by wykonawca legitymował się



doświadczeniem w znaczeniu wykonania rzeczowego kompletnego obiektu mostowego. Za takim rozumieniem i wykładnią treści warunku przemawia doświadczenie życiowe i siatka pojęć zastosowana w treści warunku. Gdyby przyjąć interpretację treści warunku przedstawioną przez Odwołującego, to wydaje się, że żaden z podmiotów uczestniczących w wykonawstwie dla podobnego rodzaju robót budowlanych, nie mógłby się legitymować żądanym doświadczeniem, zapewne także jako generalny wykonawca. Jak celnie zauważył w piśmie procesowym Przystępujący, w takich rodzajach przedsięwzięć budowlanych często występuje konieczność wykonania wyspecjalizowanych prac, do których sam generalny wykonawca angażuje mniejsze podmioty – podwykonawców. Gdyby zastosować interpretację z odwołania, nawet generalny wykonawca nie byłby podmiotem, który wykonał wszystkie prace na obiekcie mostowym. Co więcej Zamawiający dopuścił treścią warunku także wykonanie przebudowy obiektu.

Nie przesądzając na razie, czy wszystkie wymienione w wykazach zadania referencyjne potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Izba wyraża ogólne przekonanie, że Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem, gdzie zakres wykonanych robót, jednoznacznie wyspecyfikowanych i odebranych stanowił element prac „zakończonego” zadania obejmującego swym zakresem roboty budowlane polegające na budowie, odbudowie, rozbudowie lub przebudowie stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu). Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż wskazywane prace nie mogły mieć nieistotnego charakteru, nie polegały na wykonaniu marginalnego zakresu rzeczowego. Za przedstawioną przez Izbę wykładnią warunku przemawia orzecznictwo, tak Izby, jak również sądów powszechnych (tak wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 roku, sygn. akt KIO 280/23 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 32/23). Z ostatniego z przywołanych orzeczeń wynika, że jeżeli warunek jest ogólnie sformułowany, to wykonawca nie musi legitymować się doświadczeniem w realizacji całej inwestycji i wystarczające jest, że wykazanie się pracami, które stanowią istotny i niezbędny etap danej inwestycji.

Odnosząc się do poszczególnych zadań przedstawionych w wykazach przez Przystępującego Sarinż:

Budowa obiektu mostowego w ramach zamówienia na budowę obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego

W odwołaniu Odwołujący zarzucał, że podmiot udostępniający doświadczenie wykonał jedynie część prac związanych z budową mostu, która w ujęciu rzeczowym dotyczyła jedynie prac żelbetowych, a w ujęciu kwotowym stanowiła zaledwie 33% kosztów wykonania całego obiektu.

Izba takiej interpretacji warunku udziału nie podziela. Warunek udziału nie referował ani do określonego rodzaju prac, ani do procentowej wartości prac w stosunku do wykonania całego obiektu.

Ponadto z przedstawionych przez Przystępującego dokumentów (referencje od PORR oraz umowa podwykonawcza) niezbiecie wynika jakiego rodzaju prace wykonywał podmiot realizujący zadanie referencyjne. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zakres prac nie został ograniczony do wykonania obsługi ciesielsko-zbrojarskiej. Załącznik nr 1 do umowy podwykonawczej precyzyjnie określa zakres rzeczowy wykonany przez podmiot udostępniający zasoby. W ocenie Izby wykonane roboty, które stanowiły „zakończone zadanie”, nie miały charakteru marginalnego. Złożone zaś referencje potwierdziły należyte wykonanie zamówienia i realizację zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Pozostałe parametry obiektu zostały także spełnione w zadaniu referencyjnym, obiekt posiadał wymaganą warunkiem długość przęsła.

#### Budowa obiektu mostowego ramach zamówienia na budowę zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego

Z odwołania wynika, że Odwołujący mając na uwadze ilości zużytego betonu i zbrojenia – wywodził, że Wysowa odpowiadała głównie za realizację robót żelbetowych związane z budową tych obiektów. Sama wartość prac zrealizowana przez Wysową stanowiła zaś ok. 30% wszystkich prac obiektów wskazanych w referencjach.

Dostrzeżenia wymaga, iż wystawca referencji, Strabag, jako wyraził się, że Wysowa „wykonała prace związane z budową obiektów mostowych”. Jak już zauważono, Zamawiający w warunku nie określił ani konieczności wykonania wszystkich prac na obiekcie, ani nie określił rzeczowo rodzaju prac, ani też nie wskazał ich procentowego udziału w stosunku do wszystkich wykonywanych elementów. Poza tym Izbie trudno zgodzić się ze stanowiskiem, że wykonanie praktycznie 1/3 prac na zadaniu nie oznacza nabycia doświadczenia w realizacji zadania polegającego na budowie, odbudowie czy przebudowie obiektu mostowego. W większości realizacji inwestycji o złożonym charakterze rzeczowym raczej jest tak, że wiele podmiotów realizuje poszczególne rodzaje prac, a nie realizuje ich jeden podmiot. Nawet jeżeli jeden podmiot jest generalnym wykonawcą i odpowiada wobec zamawiających, to do wykonania poszczególnych rodzajów prac posługuje się podmiotami będącymi podwykonawcami. Gdyby formalnie odczytywać zatem warunek udziału w postępowaniu, jak próbuje to czynić Odwołujący, nawet taki generalny wykonawca, nie mógłby legitymować się wymaganym doświadczeniem, bowiem nie wykonał on „wszystkich” prac związanych z budową obiektu. Natomiast inną rolę przypisuje się formułowaniu warunków udziału w postępowaniu, które wobec opisu przedmiotu zamówienia mają być proporcjonalne i pozwolić na wybór wykonawcy, który dysponuje adekwatnym do zakresu

zamówienia doświadczeniem zawodowym. Zasadą podstawową w zamówieniach publicznych jest ustalenie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania umownego.

#### Wzmocnienie poprzecznic kratownicy wiaduktu na LK4

Sporne między Stronami było, czy dane zadanie referencyjne wypełnia przesłanki uznania prac za przebudowę (Przystępujący) w rozumieniu ustawy Prawo budowlane czy wypełnia definicję pojęcia remontu (Odwołujący) wynikającą z przywołanej ustawy.

Zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682, 553, 967 ze zmianami) przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Natomiast z art. 3 pkt 8 ustawy wynika, że za remont uważa się wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Niewątpliwie Odwołujący udowodnił przez dokumenty złożone w toku rozprawy przed Izłą, że dane zadanie realizowane było bez uzyskania pozwolenia na budowę, na podstawie zgłoszenia do właściwych organów, czemu Przystępujący nie przeczył (strona 17 pisma procesowego). Sam ten fakt nie świadczy jednak, że zadanie referencyjne nie potwierdzałoby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Z art. 29 ust. 3 pkt 1d ustawy Prawo budowlane wynika choćby, że nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę, natomiast wymaga zgłoszenia, o którym mowa w art. 30, wykonywanie robót budowlanych polegających na: 1) przebudowie: d) dróg, torów kolejowych i urządzeń z nimi związanych, torów tramwajowych i urządzeń z nimi związanych. Z przedstawionej Zamawiającemu w wyniku uzupełnienia dokumentów Opinii technicznej wykonanej przez *Fundację Nauka dla Budownictwa* wynika, że w ramach zadania realizowana będzie przebudowa pomostu. Zatem to nie formalny charakter decyzji właściwego organu decyduje, czy mamy do czynienia z remontem, czy z przebudową. Dokonując analizy złożonych przez Przystępującego Izbie i Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów źródłowych Izba skłania się do uznania, że wykonywane prace miały charakter przebudowy, co oznaczałoby, że mogły potwierdzać spełnianie warunku. Jednakże z referencji wystawionych przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA wynika,

że zadanie to realizowane było w konsorcjum z firmą Intop. Treść referencji nie daje odpowiedzi, jaki zakres realizowany był przez poszczególnych członków konsorcjum. W ocenie Izby, gdyby zadanie to miało przesądzające znaczenie dla potwierdzenia przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, kwestia ta wymagałaby ze strony Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień, co właściwie podkreślił Odwołujący. Z uwagi jednak, że Izba uznała, iż inne zadania wymienione w wykazie robót potwierdzają spełnianie warunku udziału przez Sarinż, uwzględnienie tej części argumentacji odwołania pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

#### Budowa mostu przez rzekę Wieprz

Argumentacja odwołania nie zasługiwała na uwzględnienie. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu dopuścił spełnienie poszczególnych wymagań przez jedno lub dwa zadania. W tym przypadku zadanie miało potwierdzać wykonanie obiektu mostowego o wymaganej klasie nośności.

#### Zadanie Most Łazienkowski

Jak już Izba uznała w niniejszym uzasadnieniu Zamawiający dopuścił spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez możliwość wykonania robót budowlanych również w zakresie rozbudowy, odbudowy i przebudowy istniejącego obiektu o parametrach przedstawionych w warunku. Izba także, że Przystępującym przyjmuje, że parametry określone w warunku udziału miały być charakterystyczne dla stałego obiektu mostowego, na którym wykonywano prace, nie zaś dla zadania, którym doświadczenie wykazuje dany wykonawca. W przedmiotowym przypadku zdecydować należało, czy rozbudowa obiektu o kładki pieszo-rowerowe jest wystarczająca do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się do tego zadania referencyjnego, co wskazywałoby, że nie brał go pod uwagę przy ocenie spełniania warunku przez Przystępującego.

Jeżeli jednak Zamawiający dopuścił spełnianie warunku przez rozbudowę obiektu mostowego, nie wyłączając z tego zakresu jakiegokolwiek robót i uznawał, że warunek potwierdza wykonanie części prac na obiekcie (a nie całego obiektu), to w ocenie Izby przyjęć należy, iż to zadanie referencyjne potwierdziłoby spełnienie warunku udziału. Nie ma bowiem podstaw formalnych, by dane zadanie referencyjne uznać za różniące się zakresem rzeczowym od choćby zadania *Budowa obiektu mostowego ramach zamówienia na budowę zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego*. W jednym i drugim przypadku nie wykonano od podstaw stałego obiektu mostowego, a jedynie część prac w ramach zaplanowanych robót dla tych obiektów. Z odpowiedzi na odwołanie wynika niezbiecie, że Zamawiający pozytywnie ocenił przywołane zadanie referencyjne. Skoro Zamawiający

w treści warunku dopuścił również doświadczenie polegające na przebudowie stałego obiektu mostowego, to dobudowanie kładek pieszo rowerowych przy istniejącym obiekcie taki wymóg spełnia. Zamawiający nie uszczegółowił warunku i nie ograniczył jego treści do wykonania konkretnych robót budowlanych lub nie wyłączył konkretnych robót w treści warunku. Ocena, czy taki sposób ustalenia treści warunku, w sytuacji, gdy nie była ona na wcześniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia kwestionowana, pozostaje na obecnym etapie postępowania odwoławczego poza Izbą.

Z formalnego punktu, biorąc pod uwagę stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający zaaprobował jako spełniające wymogi warunki prace polegające na wykonaniu pewnego rodzaju robót budowlanych na stałym obiekcie mostowym, nie jest możliwe zakwestionowanie poprawności wykazania spełnienia warunku przez zadanie dotyczące wykonania robót budowlanych na Moście Łazienkowskim. Izba dostrzega jednak niebezpieczeństwo wyrażone w odwołaniu i na rozprawie, że przy formułowaniu tak ogólnych warunków udziału może dojść do wyboru wykonawcy nie posiadającego doświadczenia gwarantującego prawidłowe wykonanie robót budowlanych i osiągnięcie celu zakładanego przez Zamawiającego. Tym niemniej, skoro Zamawiający uznał, że warunek spełniają prace nie będące wykonaniem obiektu mostowego w całości, to znaczy że warunek ten został zbudowany rozszerzająco i w taką rozszerzającą wykładnię jego treści stosuje Zamawiający. To zaś oznacza, że wykazanie się doświadczeniem w postaci przebudowy mostu polegającej na budowie kładek pieszo rowerowych potwierdza spełnienie warunku.

Końcowo bowiem zmianie uległy parametry obiektu, zyskał on nowe funkcje, dokonano zmiany konstrukcji zabudowy mostu. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że Zamawiający kształtując treść warunku rozszerzył katalog inwestycji pozwalających spełnić oczekiwania Zamawiającego. Jeżeli intencje Zamawiającego były inne, to treść warunku ich nie oddaje. Zamawiający nie dokonał bowiem w warunku jakiegokolwiek wyłączenia, a zgodnie z przyjętą przez Izbę wykładnią treści warunku, za zadanie zakończone należało uznawać prace wykonane przez danego wykonawcę. Ze złożonych referencji wynika, że zrealizowane zadanie polegało na przystosowaniu obiektu do obsługi ruchu rowerowego, zostało zakończone, odebrane i wykonane należycie.

Dostrzeżenia wymaga także, iż za przedmiotową wykładnią treści warunku przemawia użycie w nim siatki pojęciowej odnoszącej się do odbudowy czy przebudowy obiektu. Jeżeli zatem zadanie polega na przebudowie obiektu, a za takie należałoby uznać rozbudowanie danego obiektu mostowego o kładki pieszo-rowerowe, to inwestycja wskazana przez Przystępującego potwierdza spełnienie warunku udziału.

Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisku kierownika budowy – zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią ustalonego w postępowaniu warunku wykonawca miał dysponować osobą, która posiada *doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy lub Kierownika robót mostowych podczas realizacji min. 1 kompleksowego zadania (od rozpoczęcia do zakończenia robót budowlanych) obejmującego swym zakresem roboty budowlane polegające na budowie, odbudowie, rozbudowie lub przebudowie stałego obiektu mostowego (mostu lub wiaduktu), zaprojektowanego na obciążenia klasy A zgodnie z PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia, lub klasy I zgodnie z PN-EN 1991-2007 Eurokod1: Oddziaływanie na konstrukcje; Część 2: Obciążenia ruchome mostów, o przynajmniej jednym przęśle, którego rozpiętość wynosi min. 50 m.*”

Do pełnienia tej funkcji Przystępujący wymienił w Wykazie osób Pana K. K., który miał pełnić tę funkcję na zadaniu inwestycyjnym „Budowa Drogi Ekspresowej S7 Lubień – Rabka odc. III” – obiekt nr 21w ciągu S7 o długości 2 x 992,0m - dwunastoprzęsłowy o długościach przęseł: 56,0m+4 x 70,0m+90,0+2 x 140,0m + 90,0m + 2 x70,0m +56,0m i klasie nośności A.

Odwołujący uzyskał od inwestora na danym zadaniu informacje, że których wynika, że Pan K. K. sprawował obowiązki Kierownika robót mostowych obiektu nr 21 w okresie: od 04.06.2018 (zgłoszenie do WINB) do 05.02.2019 (zakończenie pełnienia funkcji kierownika wg wpisu w Dzienniku budowy), - Data rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych obiektu nr 21: 31.03.2016 - 28.09.2019 r.

Błędnie wywodzi Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że nie był zobowiązany do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej wobec wybranego wykonawcy. Jeżeli Zamawiający w wyniku weryfikacji przeprowadzonej przez innych wykonawców uzyskał informacje, że dane przedstawione w wykazie nie potwierdzają rzeczywistości, miał obowiązek powstałe wątpliwości wyjaśnić. Tak złożony wykaz osób uznać należało za błędny i nie potwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Na marginesie tylko Izba pragnie podkreślić różnicę w treści formułowania poszczególnych warunków udziału, gdzie w przypadku warunku dotyczącego doświadczenia osób, Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że wymaga posiadania doświadczenia w pełnieniu określonej funkcji od rozpoczęcia do zakończenia robót budowlanych.

Przystępujący w piśmie procesowym przedstawiał korespondencję prowadzoną przez Pana K., która wskazywałaby, że pełnił on wyznaczoną funkcję dłużej niż wynika z pisma złożonego przez Odwołującego. Podnoszono także, że u zamawiającego, który poświadczył pełnienie określonej funkcji przez daną osobę, istnieje rozbudowa struktura organizacyjna i mogą występować trudności w weryfikacji poszczególnych danych.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż wyjaśnienia te powinny być złożone Zamawiającemu. Izba rozstrzygając odwołanie dokonuje oceny zasadności zarzutów i żądań a nie prowadzi postępowanie wyjaśniające celem ustalenia, czy dany wykonawca właściwie potwierdził spełnienie warunków udziału. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że osoba wskazana w wykazie osób na dane stanowisko nie spełnia wymagań określonych warunkiem udziału. Nie jest rolą Izby wnikać jakie są powody takiego stanu, jeśli Zamawiający posiadanych danych nie zweryfikował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący nie był w tym zakresie wzywany przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, więc odrzucenie oferty byłoby przedwczesne. Nie budzi jednak wątpliwości Izby okoliczność, że Zamawiający winien wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentu w postaci Wykazu osób. Zgodnie z żądaniem odwołania Izba nakazała w sentencji orzeczenia unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego Sarinż do uzupełnienia Wykazu usług w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Pozostałe zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w częściach 1/2 (2 zarzuty rozpoznawane z odwołania, z czego jeden zarzut został uwzględniony, jeden zarzut odnoszący się do doświadczenia zawodowego Przystępującego oddalono).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 23 600,00 zł. Zamawiający wniosków kosztowych nie składał.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 1/2 kwoty kosztów

rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 11 800,00 zł. Zamawiający winien natomiast ponieść koszty w wysokości 1/2 kwoty rozliczanej, czyli 11 800,00 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 800,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

**Przewodnicząca:**

.....