Sygn. akt: KIO 499/21

WYROK
z dnia 16 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: WANT sp. z o.o. siedzibą w Tczewie oraz TORMEL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**
przy udziale **wykonawcy Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, z uwagi na przedstawienie w formularzu ofertowym w zakresie kryterium oceny ofert informacji wprowadzających w błąd zamawiającego dotyczących pełnienia funkcji kierownika budowy przy budowie dwóch tuneli drogowych, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje zmawiającego podejmowane w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** i
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: WANT sp. z o.o. siedzibą w Tczewie oraz TORMEL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. Zasądza od zamawiającego Zarządu Dróg Powiatowych w Poznaniu oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt KIO 499/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego w ul. Swarzędzkiej w Kobylnicy w ciągu drogi powiatowej nr 2407P Koziegłowy – Swarzędz w zamian za likwidację przejazdu kolejowo – drogowego kat. A w km 7,532 linii kolejowej nr 353, w ramach projektu POIiŚ 5.1-35 pn. Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III”* w *systemie „projektuj i buduj”.* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2020 r., za numerem 2020/S 193-465489.

W dniu 15 lutego 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: WANT sp. z o.o. siedzibą w Tczewie oraz TORMEL sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Przystępujący;

- wadliwej i zawyżonej ocenie oferty Przystępującego w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy”;

- zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu przedstawienia w ofercie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a odnoszących się do podstaw oceny oferty w kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 ustawy pzp w zakresie wadliwej oceny ofert w ramach kryteriów oceny oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty niebędącej najkorzystniejszą w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert,

2. art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy pzp oraz 24 ust 1 pkt 16 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który podanymi w ofercie informacjami wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie podstaw punktacji w ramach kryterium oceny ofert.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem prawidłowej punktacji dla oferty Przystępującego, ewentualnie wykluczenie z postępowania Przystępującego z postępowania wobec podania w ofercie informacji wprowadzających w błąd w odniesieniu do podstaw punktacji w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy”.

Ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości – na okoliczności wskazane w odwołaniu.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w postępowaniu Zamawiający określił wobec wykonawców warunek graniczny odnoszący się do kwalifikacji oraz doświadczenia zawodowego personelu kluczowego, w szczególności w odniesieniu do kandydata na stanowisko kierownika budowy. Zamawiający wymaga od wykonawców dysponowania kandydatem na stanowisko Kierownika budowy który spełnia następujące warunki minimalne (ostateczne i obowiązujące w postępowaniu brzmienie warunku): TOM I SIWZ – IDW – 8.6.2 pkt. „3) kierownik budowy – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane w świetle obowiązujących przepisów prawa, posiadającego co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych nad min. jedną robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10,0 mln. zł brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu nad/pod czynną linią kolejową." Dodatkowo w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Zamawiający zastosował w pkt 20.7.3. SIWZ w odniesieniu do wskazanej osoby punktację w ramach kryterium oceny ofert. Zgodnie z SIWZ w jej obowiązującym w tym zakresie brzmieniu: TOM I SIWZ – IDW – 20.7.3. Doświadczenie kierownika budowy. „W kryterium „doświadczenie kierownika budowy", Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na kierownika budowy, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie kierownik budowy będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób: 2) wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, na minimum dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda – 20 pkt." W ocenie Odwołującego podstawa zarówno oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i przyznawania dodatkowych punktów w ramach powołanego kryterium oceny ofert jest klarowna i nie wymagająca żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Zamawiający wymagał od wykonawcy, który oczekiwał w ramach kryterium dodatkowej punktacji, aby wykazał się doświadczeniem zawodowym kandydata na stanowisko kierownika budowy w szczególności: - pełnił (czas przeszły dokonany – Zamawiający nie dopuszczał usług trwających na dzień składania ofert) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert funkcji kierownika budowy lub kierownika robót mostowych - na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem m.in. b) budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda. W świetle opisu sposobu oceny ofert w ramach powołanego kryterium oceny, Zamawiający dopuszczał zatem punktację wyłącznie w odniesieniu do usług zrealizowanych/wykonanych przez kandydata, a dodatkowo wymagając, aby w szczególności, kandydat pełnił uprzednio taką funkcję przy min. 2 robotach budowlanych, z których każda obejmowała konkretny rodzaj tunelu tj. tunel drogowy pod czynną linią kolejową o podanej wartości. Zamawiający doprecyzował przy tym i określił sankcje w zakresie podania w treści oferty danych, które nie będą podstawą dodatkowej punktacji wskazując w szczególności, że: - jeżeli Wykonawca nie wskaże doświadczenia kierownika budowy, Zamawiający uzna, iż kierownik budowy nie posiada doświadczenia podlegającego punktowaniu w kryterium „doświadczenie kierownika budowy" i oferta Wykonawcy otrzyma w tym zakresie 0 pkt. - Zamawiający nie przyzna również punktów ofercie, jeżeli Wykonawca nie wpisze wszystkich informacji niezbędnych do oceny doświadczenia kierownika budowy. Oczywistym jest przy tym, że podanie przez wykonawcę w ofercie w zakresie punktowanego kryterium informacji, które wprost potwierdzają brak podstaw punktacji – w szczególności powołując się na usługę wciąż realizowaną przez kandydata a także polegającą na pełnieniu funkcji dla jednego a nie, jak brzmi podstawa punktacji, dwóch obiektów, wprost niespełniającego opisu kryterium oceny nie daje podstaw do dodatkowej punktacji. W odniesieniu do podstaw punktacji w sytuacji gdy kandydat pełnił funkcję przy realizacji 1 obiektu a nie 2 podkreślić należy, że Zamawiający premiował punktacją w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika w wykonaniu więcej niż 1 obiektu referencyjnego. Uzasadnienie punktacji jest oczywiste – zwiększone doświadczenie przy wykonanych robotach przekłada się w sposób bezpośredni na jakość wykonywania prac przy realizacji zamówienia przez wybranego wykonawcę. Tymczasem Przystępujący w zakresie podstaw punktacji prezentuje faktycznie doświadczenie kandydata na tym samym obiekcie – jednym tunelu – oczekując przyznania z tego tytułu dodatkowej, nienależnej zdaniem Odwołującego punktacji. Odwołujący podkreślił, że uwzględniając charakter i znaczenie informacji zawartych w Formularzu ofertowym jako oferty sensu stricte i bezpośredniej podstawy dla oceny ofert w kryterium oceny, informacje te nie podlegają jakimkolwiek procedurom sanującym, w tym w szczególności uzupełnieniom ani wyjaśnieniom prowadzącym do zmiany treści oświadczenia wykonawcy i tym samym treści oferty. Dodatkowo wskazał, że mając na względzie charakter powyższych informacji jako elementów stanowiących kryterium oceny nie podlegają one procedurze poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp bowiem procedura ta dotyczy wyłącznie oceny zgodności treści oferty z treścią z SIWZ nie zaś kryteriów oceny ofert jak w przedmiotowym przypadku. Wskazał, że potwierdza powyższe stanowisko także wprost treść SIWZ w której Zamawiający wskazuje: Dane kierownika budowy zawarte w ofercie dotyczące niniejszego kryterium, nie podlegają uzupełnieniu. W trakcie postępowania Zamawiający udzielał wyjaśnień w zakresie dotyczącym definicji tunelu drogowego w odniesieniu do kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy. Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w trakcie postępowania przed złożeniem ofert: „172. Proszę o podanie definicji tunelu drogowego w kontekście wymagań stawianych kierownikowi budowy jako kryterium wyboru oferty. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735 z późn. zm.), § 3 poprzez tunel należy rozumieć: „budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszorowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne." Pozostałe wymagania Zamawiającego dotyczące budowy tunelu pod czynną linia kolejową są aktualne." Zamawiający nie dokonał w trakcie postępowania modyfikacji w zakresie brzmienia warunku odnoszącego się do rodzaju tunelu, który jest podstawą spełnienia warunku jak i dodatkowej punktacji w tym zakresie a wyłącznie doprecyzował, że jeden tunel to jedna budowla. Zgodnie z SIWZ tak warunek jak i punktacja są oparte o doświadczenie w budowie tunelu drogowego. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że o ile faktycznie Przystępujący miał zamiar spełnić kryterium przy odwołaniu do doświadczenia uzyskanego na nieukończonej budowie tunelu miał ku temu możliwości na etapie poprzedzającym składanie ofert w przetargu wnosząc odpowiednie odwołanie (wnosił je właśnie w zakresie warunku jak i kryterium

Budimex S. A. – podmiot udostępniający w postępowaniu Przystępującemu potencjał m.in. w zakresie kierownika budowy) względnie dodatkowe pytania do SIWZ, co jednak nie miało miejsca. Odnośnie ilości punktowanych obiektów dodatkowa punktacja w ramach SIWZ oparta była (w przypadku gdy wykonawca powoływał się na budowę tuneli) o minimum 2 tunele o wskazanych parametrach. W przypadku pełnienia funkcji przy budowie (w dodatku nieukończonej) 1 tunelu nie można mówić o podstawie do punktacji dodatkowej. W tym kontekście wyjaśnienie nr 172 pełni funkcję dodatkowego potwierdzenia, że punktacja dotyczy obiektów budowlanych. Zatem nie ulega wątpliwości, że punktowane doświadczenie musi dotyczyć min. 2 obiektów – skoro 1 tunel to 1 obiekt. Nie bez znaczenia jest także fakt, że w odwołaniu jakie wniósł w przedmiotowym postępowaniu do KIO wobec warunku udziału oraz kryterium dotyczącego doświadczenia kierownika budowy podmiot użyczający potencjał osobowy dla wykonawcy – Budimex S. A. - miał pełną świadomość brzmienia kryterium oceny czemu dał wyraz w odwołaniu do KIO na etapie SIWZ, w szczególności kwestionując m.in. przedmiotowe kryterium oceny (s. 25/26 odwołania) – poniżej fragment odwołania Budimex S. A.:

„Dodatkowo promowane są jedynie bardzo szczegółowo określone roboty obejmujące zakresem odpowiednio budowę i wiaduktu kolejowego nad linią kolejową za min. 10 mln złotych brutto oraz budową tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o tej samej wartości. Zamawiający poza warunkami udziału w postępowaniu dodatkowo jeszcze „promuje" w kryteriach oceny wykonawców, którzy dysponują kadrą (kierownikiem budowy) z licznym doświadczeniem w realizacji zadań o powyżej drobiazgowo opisanej charakterystyce i to w dodatku jedynie (jak to było już podnoszone wcześniej) w zakresie budowy tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości min. 10 mln złotych brutto każda."

Wnosząc jednocześnie o zmianę opisu kryterium w następujący sposób:

„20.7.3. Doświadczenie kierownika budowy W kryterium „doświadczenie kierownika budowy", Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na kierownika budowy, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie kierownik budowy będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób: 1) wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił ~~w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych ~~na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem.~~"

Przechodząc do treści oferty Przystępującego Odwołujący wskazał, że wykaz personelu potwierdza, że kandydat nadal pełni funkcję na powołanym zadaniu referencyjnym. Powyższa okoliczność odpowiada rzeczywistości zarówno na dzień składania ofert w postępowaniu jak również na dzień sporządzania odwołania. Wskazane roboty dotyczące obiektu TT09/TD10 nie zostały ukończone i stąd informacja zawarta w wykazie w Kolumnie okres pełnienia funkcji jako: "obecnie". Skoro więc roboty nie zostały ukończone nie można mówić o nabyciu przez wskazaną osobę wymaganego/punktowanego doświadczenia zgodnie z SIWZ. SIWZ operuje w odniesieniu do doświadczenia zawodowego kierownika czasem przeszłym dokonanym – „który pełnił w okresie ostatnich 7 lat". W tej sytuacji w ocenie Odwołującego, Przystępujący nie spełnia wskazaną osobą i jej wykazanym doświadczeniem podstaw do dodatkowej punktację w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie zawodowe. Zamawiający punktował w postępowaniu w ramach kryterium doświadczenie zawodowe nie ilość czasu pełnienia funkcji na stanowisku na określonym rodzaju robót (przedmiotem punktacji nie są np. lata czy też miesiące sprawowania funkcji) ale ilość wykonanych (ukończonych) zadań na stanowisku kierownika budowy. Gdyby zatem punktacja była oparta o kryterium czasu a nie ilości zadań można byłoby rzecz jasna mówić o podstawie do takiej oceny oferty Budimex. Na tej zasadzie jak ocenił doświadczenie Zamawiający, za dopuszczalną można byłoby uznać sytuację gdy osoba pełni funkcję kierownika budowy przy robotach obejmujących swym zakresem rzeczowym budowę tunelu drogowego jednak w trakcie pełnienia przez taką osobę funkcji roboty tego rodzaju nie zostały faktycznie jeszcze wykonane bądź dopiero się rozpoczęły gdy kierownik przestał już pełnić funkcję. W tym kontekście wyjaśnienie nr 172 pełni funkcję dodatkowego potwierdzenia, że punktacja dotyczy obiektu budowlanego. Zatem nie ulega wątpliwości, że punktowane doświadczenie musi dotyczyć min. 2 obiektów – skoro 1 tunel to 1 obiekt. Ponadto przywołana definicja tunelu w kontekście tunelu drogowego o którym mowa w SIWZ odnosi się do obiektu który pełni swoją funkcję – co wprost oznacza że status takiego obiektu przysługuje jedynie obiektowi, który jest ukończony. Nieukończony tunel jest co najwyżej obiektem w budowie. Podsumowując w ocenie Odwołującego w tej sytuacji w odniesieniu do wskazanego kierownika budowy oferta Przystępującego nie zasługuje na dodatkową punktację w kryterium doświadczenie zawodowe, co ma bezpośredni wpływ na ranking ofert w postępowaniu.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z SIWZ podstawą punktacji w kryterium Doświadczenie zawodowe kierownika budowy jest w zakresie ilości tuneli: „20.7.3. Doświadczenie kierownika budowy 2) wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, na minimum dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda – 20 pkt." Przystępujący podał w Wykazie dwukrotnie ten sam obiekt a w jego ramach powołuje się na rzekome doświadczenie Kierownika budowy w pełnieniu funkcji na budowie 2 sztuk tuneli: 1. tunel – tunel drogowy TD10, 2. tunel – drogowy ew. - drogowy (tramwajowy TT09). Tymczasem przedmiot wykonywanych nadal robót to jeden tunel. PFU obowiązujący w postępowaniu o zamówienie publiczne na wykonanie tego zadania przewidywał budowę samodzielnego tunelu TT-09 jako dwunawowego tunelu tramwajowego i odrębnego tunelu drogowego TD-10 (dla 3 pasów jezdni w każdym kierunku). Jednak wykonawca w trakcie projektowania (inwestycja w formule projektuj/buduj) w ramach optymalizacji projektu ostatecznie zaprojektował i wykonuje jeden tunel 3-nawowy (jedna nawa dla ruchu tramwajowego i dwie nawy dla ruchu samochodowego). Odwołujący odwołał się do udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie definicji tunelu drogowego – pytanie nr 172, które potwierdzają, że brzmienie kryterium oceny jest powiązane z punktacją za 2 tunele – czyli 2 obiekty. Zgodne z definicjami legalnymi zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Art. 3. Ilekroć w ustawie jest mowa o: 1) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych 3) budowli – należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane

z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych, morskich turbin wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznych części przedmiotów składających się na całość użytkową; 7) robotach budowlanych – należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Zatem aby uznać, że mamy do czynienia z 2 tunelami - tunel drogowy i tunel tramwajowy powinny być odrębnymi obiektami tak jednak nie jest. Potwierdza powyższe także sama konstrukcja obiektu - żadna z części nie jest oddylatowana (odseparowana) a konstrukcja stanowi monolityczną całość. Wyłącznie na potrzeby zgodności z PFU dla przedmiotowej inwestycji obiekt budowlany/tunel nazwano jako Tunel tramwajowy TT-09 oraz Tunel drogowy TD-10. Jednak to nie nomenklatura ale obowiązujące regulacje określają co faktycznie jest jednym obiektem. W przypadku realizowanego obiektu mamy do czynienia z jedną konstrukcją z podziałem na 3 ciągi komunikacyjne (tunel ma trzy nawy w tym jedna dla torowiska i dwie dla jezdni) co jednak nie powoduje, że mamy do czynienia z 2 tunelami. W tej sytuacji, skoro przedmiotem zamówienia jest 1 tunel to punktacja za doświadczenie w kierowaniu budową na 1 tunelu jest całkowicie bezpodstawna. Ponadto Odwołujący wskazał, że o braku podstaw do dodatkowej punktacji przesądzają także następujące okoliczności: - obiekt Tt09/Td10 leży wciągu jednej drogi - ulicy o nazwie Trasa Łagiewnicka. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (tj. Dz.U. 2016 poz. 124) torowisko jest elementem drogi. Zgonie z definicjami zawartymi w Dziale III Rozporządzenia: § 10. 1. Droga powinna mieć w szczególności: 1) jezdnię – jeżeli jest przeznaczona do ruchu pojazdów; 2) pobocza lub chodnik – jeżeli jest przeznaczona do ruchu pieszych; 3) torowisko tramwajowe – jeżeli jest przeznaczona do ruchu pojazdów szynowych. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 172 do SIWZ Zamawiający przesądził, że definiuje na potrzeby podstaw punktacji w kryterium oceny doświadczenie kierownika budowy, zgodnie z powołanym powyższej Rozporządzeniem (§ 3) tunel jako „budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne.” W związku z powyższą definicją – jeden tunel to jedna budowla przeprowadzająca jedną drogę. Zgodnie z odpowiedzą na pytanie 172, wykazane w ofercie Przystępującego doświadczenie kierownika nie dotyczy dwóch budowli przeznaczonych do przeprowadzenia „samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową”. Zarówno jezdnie w obu kierunkach jak i torowisko to elementy drogi w terenie zabudowanym - ulicy o nazwie Trasa Łagiewnicka i nie stanowią one samodzielnych ciągów komunikacyjnych w rozumieniu przywołanych definicji. Z powyższego można wywnioskować, iż nawet gdyby tunele jako osobne konstrukcje były dwa to zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 172 w sytuacji gdy służą do przeprowadzenia jednej drogi, pod tą samą przeszkodą terenową, stanowią jedną budowlę a nie dwie. Dodatkowo, co wykazano powyżej pod względem konstrukcyjnym w rzeczywistości to jeden nierozdzielny monolit co potwierdza, że jest to wyłącznie jeden tunel. Powyższe oznacza, że poprawna punktacja w kryterium oceny ofert Doświadczenie zawodowe kierownika dla Budimex winna wynosić nie 20 pkt ale 0 pkt. Nienależna punktacja bezpośrednio ma wpływ na wynik postępowania powodując, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza. Niezależnie od powyższego profesjonalny wykonawca jakim jest Przystępujący nawet korzystając z doświadczenia personelu innego podmiotu – w tym przypadku z tej samej grupy kapitałowej Budimex S. A., ma obowiązek dokonać wnikliwej weryfikacji doświadczenia zawodowego personelu, na który powołuje się oczekując dodatkowej punktacji. W sprawie Przystępujący albo nie zapoznał się z faktycznym zakresem rzeczowym robót, którymi kieruje wskazany kandydat albo też dokonał analiz i świadomie i celowo wprowadza w błąd Zamawiającego, zapewniając o wykonywaniu 2 odrębnych tuneli, w celu uzyskania nienależnej w tej sytuacji punktacji w ramach kryterium.

Odwołujący wskazał w związku z powyższym, że Wykonawca ten podlegać winien także wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy pzp. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO, podanie przez Wykonawcę w treści oferty informacji dotyczących punktowanych parametrów oceny ofert, nie odpowiadających rzeczywistości, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp odnosi się do lekkomyślności lub niedbalstwa (winy nieumyślnej) i obejmuje przypadki wprowadzenia zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ocena, czy wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp wymaga ustalenia: 1) czy wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego: w przedmiotowej sprawie, w ocenie Odwołującego tak właśnie jest, co potwierdzają powyższe okoliczności faktyczne. Wykonawca zapewnia Zamawiającego w treści oferty, że wskazany kierownik posiada doświadczenie zasługujące na dodatkową punktację, podczas gdy faktycznie tak nie jest. 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postepowaniu o udzielenie zamówienia: mamy do czynienia z parametrem ocenianym w ramach kryterium oceny ofert a różnice punktowe pomiędzy ofertami mają marginalny charakter co oznacza wprost, że informacje te w sprawie wręcz faktycznie miały i to bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie postępowania. 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa: profesjonalny charakter Przystępującego wymaga weryfikacji potencjału na jaki powołuje się w celu uzyskania punktacji. Okoliczności sprawy wskazują, że składając oświadczenie o posiadanym przez kierownika budowy doświadczeniu wykonawca działał w pełnej świadomości zarówno tego jakie są podstawy punktacji jak i jakie jest faktyczne doświadczenie zawodowe kandydata. Dodatkowo mamy do czynienia z inwestycją szczególną (Budowa Trasy Łagiewnickiej) która, uwzględniając skalę i wartość zamówienia, jest w pełni transparentna a dokumentacja zarówno konstrukcyjna, pod względem decyzji administracyjnym jak i fotograficznym prezentującym postęp prac (elektroniczny dziennik budowy - http://www.trasalagiewnicka.krakow.pl/dziennik/), jest w pełni dostępna w przestrzeni publicznej. Jednoznaczność kryterium nie pozwala na argumentację o wątpliwości interpretacyjnej a ewentualne zaniechanie wezwania do wyjaśnień SIWZ obciąża wykonawcę. Powołał się na wyrok KIO 1085/17 z dnia 14 czerwca 2017 r. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechująca się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością. Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz

powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Powołał się na wyrok KIO 1004/17 z dnia 7 czerwca 2017 r. W przedmiotowej sprawie opis kryterium oceny ofert nie był niejednoznaczny czy też wątpliwy, ani też niesporny w ocenie Odwołującego jest obiekt referencyjny i to, że stanowi 1 a nie 2 tunele. Dodatkowo sam fakt podania informacji nieprawdziwych w celu uzyskania nienależnej dodatkowej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert jest samodzielną i wystarczającą podstawą wykluczenia z postępowania. Nie ma przy tym znaczenia kwestia tego, czy w wyniku uzyskania dodatkowej punktacji na podstawie informacji nie odpowiadającej faktom, wykonawca ten uzyskuje zamówienie czy też nie. Sankcjonowane wskazanym przepisem jest podanie informacji które mogły mieć wpływ na wynik postępowania a w przypadku dotyczącym kryteriów oceny ofert jest tak zawsze. Powołał się na wyrok KIO 2517/19 z dnia 31 grudnia 2019 r. oraz wyrok KIO 927/19 z dnia 7 czerwca 2019 r.

W dniu 12 marca 2021 r. na rozprawie Zamawiający wskazał, że w zakresie zarzutu dotyczącego przyznawania punktów w kryterium oceny ofert nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego dotyczącym pełnienia funkcji przez kierownika budowy na robotach zrealizowanych, natomiast w zakresie wykonania dwóch tuneli drogowych zaznaczył, że z odwołania oraz pisma pochodzącego od Trasa Łagiewnicka S.A. z siedzibą w Krakowie z dnia 18 lutego 2021 r. dowiedział się, że przyznanie Przystępującemu 20 pkt w kryterium było błędne, gdyż aktualnie w ocenie Zamawiającego referencyjna robota nie obejmowała wykonania dwóch tuneli tylko jednego. Zamawiający formalnie nie uwzględnił wniesionego odwołania, nie złożył również odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący w dniu 12 marca 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 5 października 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania (w tym odwołanie oraz wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2654/20), odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami, a także dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego (przekrój poprzeczny dla obiektu TT-09 i TD-10, zdjęcie tunelu TT-09 i TD-10, zrzut ekranu ze strony Zamawiającego Trasa Łagiewnicka, zrzut ekranu z relacji z budowy Miasta Kraków, opinia rzeczoznawcy, pismo od Trasa Łagiewnicka, fragmenty z filmów, opinia rzeczoznawcy – potwierdzenie mailowe, porównanie koncepcji w fazie przetargu z rzeczywistym, docelowym projektem (dofinansowanie na linię tramwajową), artykuły ze stron internetowych), Zamawiającego (pismo do Zamawiającego od Trasy Łagiewnickiej S. A. z dnia 18 lutego 2021 r.) i Przystępującego (rysunki dla obiektu budowalnego: Tunel tramwajowy TT-09, Tunel drogowy TD-10: projekt wykonawczy rzut z góry cz. 1, projekt wykonawczy rzut z góry cz. 2, rysunki: projekt budowlany projekt zagospodarowania terenu od km 2+000.00 do km 2+400.00 (Budowa Trasy Łagiewnickiej) i projekt budowlany Plan orientacyjny, Dziennik budowy TUNEL TT-09, Dziennik budowy TUNEL TD-10, decyzja Prezydenta Miasta Krakow nr 20/6740.4/2018 z dnia 17 października 2018 r. o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, projekt budowlany Budowa Trasy Łagiewnickiej TOM 4.5. projekt architektoniczno – budowlany, Tunel tramwajowy TT-09, tunel drogowy TD-10, projekt wykonawczy TOM 4.5. Tunel tramwajowy TT-09, tunel drogowy TD-10, oświadczenie projektanta w sprawie obiektów inżynierskich TT-09 i TD-10 z zakresu zadania Budowa Trasy Łagiewnickiej, opinia techniczna dotycząca dwóch tuneli TT09 i TD10 na budowie Trasy Łagiewnickiej Etap III, oświadczenie kierownika budowy Tomasza Wójcik, przejściowe świadectwo płatności).

Na podstawie art. 538 ust. 4 ustawy pzp, Izba postanowiła zmienić postanowienie o dopuszczeniu dowodów Odwołującego i oddalić wnioski dowodowe w zakresie dotyczącym przedłożonych Izbie Rozporządzeń, fragmentu ustawy Prawo budowlane, a także Normy PN-S-02203:1197, stanowiących akty prawne i regulacje znane Izbie z urzędu, a także w zakresie zmiany SIWZ z dnia 4 listopada 2020 r., stwierdzonej innymi dowodami (dokumentacja postępowania).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl TOMU I SIWZ – IDW pkt 8.6.2 3) po modyfikacji z dnia 4 listopada 2020 r.*„W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem: 3) kierownik budowy – uprawnienia budowlane do kierowania*

robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane w świetle obowiązujących przepisów prawa, posiadającego co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych nad min. jedną robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10,0 mln. zł brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu nad/pod czynną linią kolejową."

Zgodnie z TOMEM I SIWZ – IDW pkt 20.7.3. SIWZ po modyfikacji z dnia 4 listopada 2020 r.*„Doświadczenie kierownika budowy W kryterium „doświadczenie kierownika budowy", Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na kierownika budowy, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie kierownik budowy będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób: 1) wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem: a) budowę wiaduktu kolejowego nad czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto b) budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto – 10 pkt.; 2) wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, na minimum dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda – 20 pkt.; Zamawiający uzna wymagane uprawnienia do kierowania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278 ze zm.) oraz uprawnienia obowiązujące wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a także zgodnie z art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U.2019, poz. 1186, ze zmianami), zamawiający uzna również wymagane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi nabyte w innych niż Rzeczpospolita Polska państwach członkowskich Unii Europejskiej, państwach członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stronach umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Konfederacji Szwajcarskiej, na zasadach określonych w ustawie z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t. j. Dz. U. z 2020r., poz. 220). Jeżeli Wykonawca nie wskaże doświadczenia kierownika budowy, Zamawiający uzna, iż kierownik budowy nie posiada doświadczenia podlegającego punktowaniu w kryterium „doświadczenie kierownika budowy" i oferta Wykonawcy otrzyma w tym zakresie 0 pkt. Zamawiający nie przyzna również punktów ofercie, jeżeli Wykonawca nie wpisze wszystkich informacji niezbędnych do oceny doświadczenia kierownika budowy. Dane kierownika budowy zawarte w ofercie dotyczące niniejszego kryterium, nie podlegają uzupełnieniu. Maksymalnie w kryterium „doświadczenie kierownika budowy" oferta Wykonawcy może uzyskać 20 pkt."*

Zgodnie z pkt 20.7.4. TOM I SIWZ – IDW*„Doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na projektanta branży mostowej, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie projektant branży mostowej będzie pełnił swoją funkcje przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób: 1) Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową (w tym jeden projekt tunelu pod linią kolejową) - 5 pkt.; 2) Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) następujące trzy projekty (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową (w tym jeden projekt tunelu pod linią kolejową) - 10 pkt."*

W wyjaśnieniach SIWZ z dnia 16 listopada 2020 r. na pyt. 172:*„Proszę o podanie definicji tunelu drogowego w kontekście wymagań stawianych kierownikowi budowy jako kryterium wyboru oferty."* Zamawiający wskazał: *„Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735 z późn. zm.), § 3 poprzez tunel należy rozumieć: „budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne. Pozostałe wymagania Zamawiającego dotyczące budowy tunelu pod czynną linią kolejową są aktualne."*

W formularzu ofertowym Przystępujący wskazał:

„III. Oświadczam, że Pan/Pani …T. W. będzie pełnił/a funkcję kierownika budowy. Ww. osoba posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie obowiązujących przepisów prawa, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiada co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień) która pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, nad co najmniej dwiema robotami budowlanymi zgodnymi z wymogami w IDW (warunki rozdz. 8.6.2. pkt. 3 oraz kryterium oceny ofert rodz. 20.7.3) wymienionymi w tabeli poniżej."

W Tabeli wskazano, że Pan T. W. pełnił od 10.2018 r. – obecnie funkcję kierownika budowy na zadaniu: *„Robota budowlana obejmująca zakresem budowę tunelu drogowego TD10 pod czynną linią kolejową w ramach inwestycji pn.: ,,BUDOWA TRASY ŁAGIEWNICKIEJ W KRAKOWIE OD SKRZYŻOWANIA Z UL. GRONOWECKIEGO DO SKRZYŻOWANIA Z UL. BESKIDZKĄ I Z UL. HALSZKI WRAZ Z BUDOWĄ ODCINKA LINII TRAMWAJOWEJ" i adres Zamawiającego TRASA ŁAGIEWNICKA S.A. ul. Józefa Marcika 14C, 30-443 Kraków Zakres rzeczowy zgodny warunkiem w pkt. 20.7.3. Pełnienie funkcji Kierownika budowy w ostatnich 7 latach na Robocie budowlanej obejmującej zakresem budowę tunelu drogowego (TD10 – tunel drogowy) pod czynną linią kolejową o wartości ponad 10 mln złotych brutto. Wartość brutto zadania ponad 10 mln złotych brutto."*

Wskazano również, że pełnił funkcję kierownika budowy od 10.2018 r. – obecnie na zadaniu: *„Robota budowlana obejmująca zakresem budowę tunelu drogowego TT09 pod czynną linią kolejową w ramach inwestycji pn.: ,, BUDOWA TRASY ŁAGIEWNICKIEJ W KRAKOWIE OD SKRZYŻOWANIA Z UL. GROTA ROWECKIEGO SKRZYŻOWANIA Z UL. BESKIDZKĄ I Z UL. HALSZKI WRAZ Z BUDOWĄ ODCINKA LINII TRAMWAJOWEJ i adres Zamawiającego TRASA ŁAGIEWNICKA S.A. ul. Józefa Marcika 14C, 30-443 Kraków Zakres rzeczowy zgodny warunkiem w pkt. 20.7.3. Pełnienie funkcji Kierownika budowy w ostatnich 7 latach na Robocie budowlanej obejmującej zakresem budowę tunelu drogowego (TT09 – tunel tramwajowy) pod czynną linią kolejową o wartości ponad 10 mln złotych brutto. Wartość brutto zadania ponad 10 mln złotych brutto."*

Jako podstawa dysponowania osobą Panem T. W. zostało wskazane w formularzu ofertowym: *„Dysponowanie pośrednie – użyczenie od podmiotu trzeciego (zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu i do uczestnictwa w realizacji na podstawie umowy podwykonawczej, która zostanie zawarta pomiędzy Budimex S.A. a Budimex Budownictwo Sp. z o.o."*

Ponadto ustalono, że w dniu 15 października 2020 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego w ul. Swarzędzkiej w Kobylnicy w ciągu drogi powiatowej nr 2407P Koziegłowy – Swarzędz w zamian za likwidację przejazdu kolejowo – drogowego kat. A w km 7,532 linii kolejowej nr 353, w ramach projektu POIiŚ 5.1-35 pn. Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III" w systemie „projektuj i buduj"*. Odwołanie zostało złożone wobec zapisów SIWZ m.in. w zakresie *„kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a przede wszystkim w sytuacji, gdy tak sformułowane wymagania dotyczące kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia pozostają bez istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia i tym samym niczym nieuzasadnione preferowanie wykonawców spełniających zakwestionowane kryterium oceny ofert."* Odwołujący żądał zmiany zapisów SIWZ w pkt 20.7.3. 2) na: *„wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił ~~w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, ~~na minimum dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda – 20 pkt~~.; na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę wiaduktu/tunelu drogowego nad/pod czynną linią kolejową oraz budowę/przebudowę infrastruktury towarzyszącej w postaci odwodnienia i kolizji sieci podziemnych, o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda – 20 pkt."*

Izba ustaliła, że bezsporna między Stronami i Przystępującym była kwestia, że referencyjna robota budowlana nie została jeszcze zakończona.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Przystępującego w kryterium oceny ofert – doświadczenie personelu kierownika budowy, któremu Zamawiający przypisał 20 pkt. Mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a także biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane na rozprawie, Izba uznała, że ocena ta nie została przeprowadzona w sposób prawidłowy.

W ramach postawionych zarzutów Odwołujący podniósł, że z treści opisu kryterium wynika, że Zamawiający nie powinien premiować personelu – kierownika budowy, który pełnił funkcję na inwestycji niezakończonej, a taką właśnie wskazał w formularzu ofertowym Przystępujący: okres pełnienia funkcji przez kierownika budowy – od 2018 do obecnie. Odwołujący wywodził powyższe z użycia w treści opisu kryterium czasownika „pełnił". Izba uznała, że argumentacja Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że czasownik „pełnić" należy do grupy czasowników niedokonanych, które wskazują na trwanie danej czynności i nie informują o jej zakończeniu. Ponadto, mając na względzie postanowienia SIWZ dotyczące opisu kryterium oceny ofert, należy stwierdzić, że w sytuacji kiedy Zamawiający wymagał wykazania się zadaniami zakończonymi znajdowało to odzwierciedlenie w treści SIWZ. Przykładowo, w pkt 20.7.4. dotyczącym premiowania personelu – projektanta branży mostowej, Zamawiający wprost wskazał, że wykazywane usługi dotyczą projektów zrealizowanych (zakończonych). Izba wzięła również pod uwagę stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, uznając je za wiarygodne. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że formułując kryterium oceny ofert – doświadczenie kierownika budowy, miał świadomość, iż niewiele może być osób spełniających postawione wymagania. Z tego też powodu po pierwsze dokonał w dniu 4 listopada 2020 r. modyfikacji SIWZ i wydłużył możliwość pełnienia funkcji z okresu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert do 7 lat. Po drugie, nie opisał kryterium w sposób, który wskazywałby na wymaganie wykazania się robotami zrealizowanymi, jak uczynił to w przypadku innych postanowień SIWZ. Aby uniknąć sytuacji, które sygnalizował Odwołujący, że przyjęcie iż kryterium dotyczące kierownika budowy nie obejmuje inwestycji zakończonych byłoby nielogiczne i mogło prowadzić do nieuzasadnionego premiowania osób, które faktycznie w ogóle nie zdążyły pełnić funkcji na danej robocie albo pełniły ją w tak krótkim czasie, że inwestycja została wykonana tylko w niewielkim zakresie co niweczyłoby sens kryterium, Zamawiający określił, że każda z inwestycji ma mieć wartość nie mniejszą niż 10 mln złotych brutto. Przystępujący przedstawił również dowód na tą okoliczność – przejściowe świadectwo płatności.

Co więcej, zauważenia wymaga, że Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu – doświadczenie personelu kierownika budowy konstruując go w taki sam sposób jak przy kryterium oceny ofert, przy użyciu określenia „pełnił", a Odwołujący nie podniósł zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo że celem spełnienia warunku i kryterium Przystępujący wskazał tą samą osobę Pana T. W. i te same inwestycje.

Izba uznała jednak za zasadne dalsze twierdzenia Odwołującego, a dotyczące wykazania się przez Przystępującego doświadczeniem personelu – kierownikiem budowy na potrzeby kryterium oceny ofert przedstawiające w formularzu ofertowym informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do ilości tuneli, na której wskazana osoba – Pan T. W. pełnił funkcję.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 172 w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 16 listopada 2020 r. określił, iż tunel, o którym mowa w opisie kryterium ma być rozumiany jako tunel, o

którym mowa w § 3 Rozporządza Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735 z późn. zm.). W myśl tego przepisu pkt 2), poprzez tunel rozumie się *„budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne."* Wskazania wymaga, że ww. Rozporządzenie określa warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie (w tym tunele - § 1 ust. 2 pkt 2). Zgodnie § 1 ust. 3 warunki techniczne zapewniają w szczególności: *„1) bezpieczeństwo konstrukcji w aspekcie zapewnienia nośności i stateczności, 2) bezpieczeństwo obiektów inżynierskich, w szczególności z uwagi na możliwość pożaru, powodzi, pochodu lodów, uderzenia statków i pojazdów, wpływu ruchu zakładu górniczego, 3) bezpieczeństwo użytkowania, 4) bezpieczeństwo obsługi i bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich, 5) trwałość obiektów inżynierskich, 6) ochronę środowiska przyrodniczego, zwanego dalej "środowiskiem", 7) warunki użytkowe uwzględniające potrzeby osób niepełnosprawnych."* Zgodnie z § 60 ust. 2 ww. Rozporządzenia – Konstrukcja tunelu: *„Dla dróg, dla których przewidywany w perspektywie 15 lat średni dobowy ruch przypadający na jeden pas ruchu przekroczy 10 000 pojazdów, oraz dla dróg dwujezdniowych poszczególne kierunki ruchu powinny być prowadzone w oddzielnych tunelach lub w oddzielonych pełną ścianą nawach jednego tunelu, z zastrzeżeniem ust. 3".* Ponadto, zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowalne (Dz. U. 2020 r., poz. 1333 z późn. zm.) z pkt 1 i 3: *„Ilekroć w ustawie jest mowa o: 1) obiekcie budowlanym - należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych; (…) 3) budowli - należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych, morskich turbin wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową."* Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1) lit. a ustawy Prawo budowlane: *„1. Obiekt budowlany jako całość oraz jego poszczególne części, wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi należy, biorąc pod uwagę przewidywany okres użytkowania, projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych, oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, zapewniając: 1) spełnienie podstawowych wymagań dotyczących obiektów budowlanych określonych w załączniku I do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz.Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.), dotyczących: a) nośności i stateczności konstrukcji."* Mając na względzie powyższe Zamawiający wymagał, aby ocenie podlegało doświadczenie osoby pełniącej funkcję przy robocie budowlanej obejmującej tunel, jako budowlę, obiekt budowlany, czyli obiekt odrębny, samodzielny pod względem nie tylko funkcjonalnym ale i konstrukcyjnym, składający się wraz z instalacjami na całość użytkową. Zamawiający żądał dwóch robót budowlanych, każdej obejmującej budowę tunelu. W ocenie Izby, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że Przystępujący wykazał się doświadczeniem personelu – kierownika budowy pełniącego funkcję na jednej robocie budowlanej obejmującej budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową, a konkretnie tunelu drogowego i tramwajowego stanowiących jeden obiekt budowlany, jeden tunel w znaczeniu nadanym przez Zamawiającego w opisie kryterium.

Analizując treść fragmentu projektu budowlanego z sierpnia 2017 r. złożonego jako dowód przez Przystępującego dla referencyjnej roboty wykonywanej w ramach inwestycji pn.: ,,Budowa Trasy Łagiewnickiej w Krakowie od skrzyżowania z ul. Grota Roweckiego do skrzyżowania z ul. Beskidzką i z ul. Halszki wraz z budową odcinka linii tramwajowej" ETAP III dla Zamawiającego TRASA ŁAGIEWNICKA S.A. z siedzibą w Krakowie, dotyczącego opracowania: „TOM 4.5. PROJEI ARCHITEKTONICZNO – BUDOWLANY Tom 4.5. – Tunel tramwajowy TT-09, Tunel drogowy TD-10, zauważyć można w wielu postanowieniach różni się on od fragmentu projektu wykonawczego z dnia 16 czerwca 2020 r. (również złożonego przez Przystępującego na rozprawie). W obu dokumentach w pkt 1.2. Podstawa opracowania wskazano, że niniejszy opis techniczny dotyczy Tomu 4.5.: TT-09 tunel tramwajowy i TD-10 tunel drogowy. W pkt 2.1. obu dokumentów wskazano: *„Projektowany obiekt inżynierski będzie stanowić część Trasy Łagiewnickiej, która z kolei będzie stanowić fragment Trzeciej Obwodnicy Krakowa. Tunel TT-09 będzie przeprowadzał linię tramwajową z dzielnicy Kurdwanów na ul. Zakopiańską przez obszar Białych Mórz. Tunel TD-10 będzie przeprowadzał dwie jezdnie trasy głównej (po trzy pasy ruchu) przez rejon Białych Mórz od dzielnicy Kurdwanów do ul. Zakopiańskiej."* W pkt 3.1.1. wskazano ogólny opis funkcji obiektu, przy czym zaznaczyć należy, że projekt budowlany zawiera wyłącznie zapis: *„Tunel tramwajowy TT-09 jednonawowy będzie przeprowadzał linię tramwajową z dzielnicy (…). Tunel drogowy TD-10 dwunawowy będzie przeprowadzał dwie jezdnie trasy głównej (po trzy pasy ruchu) (…)",* natomiast w projekcie wykonawczym przed tym zapisem dodano zdanie: *„Tunel TT-09 i TD-10 posiadają wspólną konstrukcję nośną w postaci ramy żelbetowej zamkniętej."* Podobnie w pkt 3.1.2. – Ogólny opis rozwiązań konstrukcyjnych. W projekcie wykonawczym dopisano, że *„tunele są ze sobą połączone monolitycznie na odcinku wspólnego przebiegu".* Ponadto, w pkt 3.2. projektu budowlanego Dylatacje: *„W obiekcie nie przewiduje się urządzeń dylatacyjnych. Segmenty ramy będą zdylatowane ze sobą za pomocą szczelin dylatacyjnych, które będą uszczelnione ze sobą za pomocą tzw. Wkładek dylatacyjnych."* W pkt 3.4.7. projektu wykonawczego wskazano: *„W obiekcie nie przewiduje się urządzeń dylatacyjnych. Na stykach segmentów żelbetowych w ścianach i płytach przewiduje się zastosowanie szczelnych dylatacji (…)"* Inaczej w obu dokumentach opisano odwodnienie (pkt 3.2. projektu wykonawczego: *„do wpustów ulicznych osadzonych na studzienkach nierewizyjnych"*; pkt 3.4.8. projektu wykonawczego: tunel TD-10 do wpustów ulicznych, a TT-09 odwodnienie liniowe). W projekcie wykonawczym dodano punkt 3.3., pkt 3.3.1. Płyta denna: *„Płytę denną segmentów tunelu stanowić będzie monolityczna, żelbetowa płyta (…) stanowiąca konstrukcję nośną i jednocześnie pełniącą rolę płyty fundamentowej. Na płycie dennej wykonana zostanie zasypka, ułożone będą sieci uzbrojenia terenu, izolacja i nawierzchnia drogowa lub tramwajowa. (…) Z płyty dennej wypuszczone jest zbrojenie łącznikowe dla połączenia ze ścianami tunelu drogowego i tramwajowego. W miejscach występowania różnicy rzędnych pomiędzy płytą denną w tunelu tramwajowym i drogowym zastosowano przekładki z wełny mineralnej lub styropianu. Przyjęte rozwiązania techniczne zabezpieczają płytę denną przed wyporem wody gruntowej w stanie realizacji i eksploatacji (…)";* pkt 3.3.3. *„Płytę stropową segmentów tunelu będącą konstrukcją nośną stanowić będzie monolityczna, żelbetowa płyta (…) Na płycie stropowej wykonana zostanie zasypka tunelu."* W projekcie wykonawczym rozszerzono zapisy odnośnie wyposażenia obiektu. W pkt 3.4.1. wskazano m.in. *„W rejonie*

występowania wysokiego poziomu wód gruntowych płyta denna tunelu zabezpieczona będzie matą bentonitową połączoną z izolacją przeciwwodną np. termozgrzewalną na ścianach tunelu." W pkt 3.4.10 projektu wykonawczego ustalono, że *„Po wschodniej stronie tunelu TT-09 (od strony rzeki Wilgi) przewidziano budynek techniczny do celów sterowania i zasilania obiektów TT-09 i TD-10. Po zachodnio – południowej stronie tunelu TD-10 przewidziano budynek techniczny do celów sterowania i zasilania dla obiektów TT-09 i TD10."*W pkt 4.4 Technologia prowadzenia robót i opracowań roboczych wskazano m.in.: *„Obiekt zostanie wykonany w technologii monolitycznej na miejscu budowy."* Prowadzenie robót zostało opisane łącznie dla całego obiektu. W pkt 6.4. Etapowanie robót. wskazano, że*„Obiekt wznoszony jest w całości w jednym etapie. Etapowanie robót na obiekcie polega na kolejnym wykonywaniu poszczególnych elementów (segmentów) konstrukcji tunelu."*W pkt 8.11 – System sterowania i zarządzania tunelem (podobnie pkt 5.12 projektu budowlanego) wskazano, że *„W budynku Centrum Zarządzania są zlokalizowane wszystkie układy sterowania, serwery oraz stanowisko komputerowe operatora systemu, mające służyć sterowaniu urządzeń tunelu w trakcie prac konserwacyjnych i w trakcie prowadzenia akcji ratunkowej. Wszystkie systemy zostały połączone w jeden zintegrowany układ sterowania i zarządzania umożliwiający w dowolnej chwili i w dowolny sposób zarządzać całym tunelem. (…)"* Zaznaczenia wymaga również, że prace były wykonywane w oparciu o decyzję Prezydenta Miasta Krakowa nr 20/6740.4/2018 z dnia 17 października 2018 r. o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, w której zatwierdzono projekt budowlany i udzielono zezwolenia na realizację inwestycji drogowej (dowód przedłożony przez Przystępującego). W pkt 3) decyzji wskazano: *„Projektowana inwestycja planowana jest do realizacji w zakresie następujących robót budowlanych: (…) 3) Tunele"*, gdzie podano budowę tunelu TT-09 i TD-10, podobnie na str. 14 decyzji. Co więcej, z przedłożonych przez Przystępującego Dzienników Budowy dla referencyjnej inwestycji wynika, że zostały one wydane 25 października 2018 r. W Dziennikach dopisano ręcznie, w jednym TUNEL TT-09, w drugim TUNEL TD-10. Z Dzienników wynika, że prace były wykonywane równolegle. Powyższe dokumenty w ocenie Izby potwierdzają argumentację Odwołującego w zakresie w jakim podnosił na rozprawie, że pierwotne założenia nie przewidywały monolitycznego połączenia tuneli w jeden obiekt. Przystępujący zaprzeczył tym twierdzeniom przedkładając jednocześnie dokumenty, z których taki stan faktyczny wynika. Projekt wykonawczy z czerwca 2020 r. przewiduje inną konstrukcję obiektu niż przewidywano w projekcie budowlanym – jako połączonego ścianą nośną żelbetową monolityczną, co w ocenie Izby powoduje, że mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym tworzącym użytkową całość. Sam fakt prowadzenia dwóch Dzienników budowy nie świadczy zdaniem Izby, że są to dwa obiekty budowlane. Dzienniki te zostały wydane na etapie projektu budowlanego, który nie przewidywał połączonej konstrukcji tuneli, jak to miało miejsce w terminie późniejszym, a prace rozpoczęły się już w 2018 r. Konstrukcja została zmieniona projektem wykonawczym z 2020 r., a dokumentowanie prac po prostu kontynuowano w wydanych wcześniej dziennikach budowy. Jak wynika z przejściowego świadectwa płatności tunele są oddzielnie rozliczane, gdyż zapewne takie były pierwotne założenia. Zauważenia wymaga, że opisy tuneli przedstawiano łącznie, jest także jeden obiekt zarządzający całą budowlą. Tunel przeprowadza jedną drogę, a prace wykonywane są w jednym czasie, jako jedna robota budowlana. Powyższe wynika również z przedłożonych przez Odwołującego zdjęć obiektu, które przedstawiają jedną budowlę. Przystępujący nie zaprzeczył, aby zaprezentowany na nich obiekt nie przedstawiał referencyjnego tunelu. Ponadto, z pisma przedłożonego przez Zamawiającego pochodzącego od Trasy Łagiewnickiej S. A. z dnia 18 lutego 2021 r., a także pisma przedstawionego przez Odwołującego z tego samego dnia wynika, że *„tunel tramwajowy i drogowy posiadają jedną ścianę wspólną, nawy tuneli połączone są jako konstrukcja monolityczna. Połączenie poszczególnych naw tunelu stanowi wspólna żelbetonowa ściana nośna."* I dalej, że *„tunele TT-09 i TD-10 spełniają wymagania definicji „tunelu" zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735 z późn. zm.)."* Na podstawie uzyskanej informacji Zamawiający, jak wyjaśnił na rozprawie, uznał że został wprowadzony w błąd przez Przystępującego, a referencyjny obiekt stanowi jeden obiekt budowlany, jeden tunel o funkcji tramwajowo – drogowej. Zauważenia wymaga, że w piśmie wskazano, że tunele TT-09 i TD-10 spełniają wymagania „tunelu" zgodnie z Rozporządzeniem, a więc należy uznać, że tunele łącznie spełniają wymagania postawione w Rozporządzeniu, ergo jest to jeden obiekt budowlany. Ponadto, jak wskazują dowody przedstawione przez Odwołującego, w informacjach powszechnie dostępnych zamawiający - Inwestor traktuje ten obiekt jako jeden tunel drogowo – tramwajowy. Odnosząc się do oświadczenia kierownika budowy T. W. to podkreślić trzeba, że dokument ten nie został opatrzony datą. Ponadto, kierownik budowy oświadcza jedynie, że tunele są realizowane jako odrębne obiekty – brak wskazania jakie (czy są to obiekty budowlane zgodnie z ustawą Prawo budowlane) oraz, że jest to realizacja dwóch tuneli o różnych funkcjach i różnych parametrach technicznych. W ocenie Izby, oświadczenie to nie potwierdza stanowiska Przystępującego. Izba zgadza się, że tunele te spełniają odrębne funkcje – jeden jest tunelem tramwajowym, a drugi drogowym. Nie oznacza to jednak, że stanowią dwa odrębne obiekty budowlane, bowiem konstrukcyjnie zostały połączone monolityczną ścianą nośną i tworzą jedną budowlę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Izba nie uznała za wiarygodną opinię techniczną przygotowaną przez rzeczoznawcę G. R., gdyż została ona sporządzona na potrzeby własne Przystępującego i na jego zlecenie, jest to dokument prywatny, a kwestia stanowiąca przedmiot opinii jest zawarta w dokumentach źródłowych przedłożonych Izbie (decyzja, projekty: budowlany i wykonawczy, dzienniki budowy). Ponadto stwierdzono w niej, że *„stan faktyczny jest taki, że Inwestor, organy odpowiedzialne za udzielenie zgody na realizację inwestycji, nadzór budowlany traktują konsekwentnie konstrukcje TT09 i TD10 jako oddzielne budowle – tunele."*z czego rzeczoznawca wyprowadził wniosek, że są to dwa obiekty budowlane. Z twierdzeniem tym nie można się zgodzić, gdyż Inwestor w przywoływanym w niniejszym uzasadnieniu piśmie wskazuje, że tunele (oba tunele) spełniają wymagania definicji „tunelu" zgodnie z Rozporządzeniem. Taki stan faktyczny nie wynika również z analizy projektów: budowlanego i wykonawczego, czyli zmiany w zakresie wspólnej ściany nośnej, do czego rzeczoznawca się nie odnosi. Rzeczoznawca przywołał elementy różniące tunele, przywołał dane i parametry wynikające z projektów ale nie przeprowadził analizy eksperckiej wykazującej, że połączenie konstrukcji w sposób monolityczny nie przesądza o wykonaniu jednej budowli w rozumieniu Prawa budowlanego. Podobnie jeśli chodzi o oświadczenie projektanta w sprawie obiektów inżynierskich TT09 i TD10 wskazać należy, że dokument nie został opatrzony datą, nie jest wiadome kiedy został sporządzony, co ma istotne znaczenie biorąc pod uwagę, że projekt wykonawczy odmiennie od projektu budowlanego przewidywał wykonanie obiektu w technologii monolitycznej, w tym wprowadził wspólną ścianę nośną żelbetonową dla tunelu TT-09 i TD-10. Oświadczenie wskazuje na elementy różniące tunele, jak wyposażenie, pełniona funkcja, parametry techniczne, czy że tunele mogą funkcjonować niezależnie od siebie. Brak jest natomiast informacji odnośnie konstrukcji obiektu, bowiem oświadczenie w ogóle nie odnosi się do kwestii wykonania budowli i połączenia tuneli w sposób monolityczny. Oświadczenie zostało podpisane wyłącznie przez trzech z ośmiu projektantów wskazanych w projekcie wykonawczym. Do konstrukcji tunelu, jako jednej budowli odnosi się natomiast opinia o realizowanej inwestycji z dnia 11 marca 2021 r. przedłożona przez Odwołującego. Potwierdza ona stanowisko Przystępującego, że pod względem funkcjonalnym można wydzielić nawy tramwajową i drogową, jednak pod

względem konstrukcyjnym jest to jeden obiekt budowlany, co znajduje potwierdzenie w dokumentach źródłowych.

Podsumowując powyższe rozważania, w ocenie Izby Przystępujący podając w formularzu ofertowym informacje dotyczące pełnienia funkcji kierownika budowy na dwóch robotach budowlanych obejmujących budowę dwóch tuneli, na potrzeby spełnienia kryterium oceny ofert wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzję Zmawiającego w postępowaniu. Zdaniem Izby działaniu Przystępującego można przypisać co najmniej niedbalstwo, a więc wypełniona została dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp, skutkująca wykluczeniem Przystępującego z postępowania.

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy pzp: „16)*wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia."*

Wskazania wymaga, że art. 24 ust. 1 pkt 16) dotyczy celowego wprowadzenia w błąd następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych dokumentów o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub spełnianiu kryteriów selekcji. Drugi przepis, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp jest zatem bardziej pojemna i obejmuje przyczyny wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy pzp. Przepisy te różnicuje przede wszystkim stopień winy wykonawcy. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16) może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawcę chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, na to się godzi. Ta przesłanka wykluczenia aktualizuje się również wówczas, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo, kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17) działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, czyli niedbalstwo lub lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Celowe wprowadzenie w błąd dotyczy okoliczności związanych z podstawami wykluczenia, spełnieniem warunków udziału w postępowaniu lub kryteriami selekcji. Z uwagi na to, że są efektem zamierzonego działania (lub rażącego niedbalstwa), zawsze stanowią podstawę do wykluczenia, niezależnie od ich wpływu na podejmowane przez zamawiającego decyzje. Natomiast nieumyślne, niecelowe wprowadzenie w błąd w zakresie przedstawiania albo zatajania informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub podstaw wykluczenia, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16), a z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) ma za zadanie wyeliminowanie z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego.

Podkreślić należy, że stwierdzenie w art. 24 ust. 1 pkt 17): „istotny wpływ na decyzje zamawiającego" wskazuje na wszystkie decyzje zamawiającego. Ponadto, wystarczający jest potencjalny wpływ na te decyzje w takim znaczeniu, że błędne informacje nie musiały wywrzeć tego wpływu ale mogły. Co więcej, pkt 17 wprost wskazuje, że złożenie informacji powinno mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a więc chodzi tu o wszelkie decyzje, a nie jedynie wybór oferty najkorzystniejszej. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie wypełniły się wszystkie ustawowe przesłanki zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp. Przystępujący niewątpliwie przedstawił w formularzu ofertowym nieprawdziwe informacje. Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszym postępowaniu odwoławczym potwierdził, że budowla, którą Przystępujący wskazał na spełnienie kryterium oceny ofert to jeden obiekt budowlany. Sposób przedstawienia informacji wprowadził Zamawiającego w błąd, bowiem Zamawiający przyjął, iż osoba wskazana przez Przystępującego pełniła funkcję kierownika budowy przy dwóch robotach budowlanych obejmujących budowę tunelu, a więc dwóch tuneli. Na tej podstawie Zamawiający przyznał Wykonawcy maksymalną ilość punktów w kryterium – 20 pkt i ostatecznie oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Wpływ przedstawionych informacji na decyzje Zamawiającego w tym postępowaniu jest zatem oczywisty. Zdaniem Izby działaniu Wykonawcy można przypisać co najmniej niedbalstwo wyrażające się w niezweryfikowaniu informacji podanych w ofercie z rzeczywistym stanem faktycznym w kontekście wymagań postawionych w kryterium, że referencyjny tunel ma być obiektem budowlanym w rozumieniu Prawa budowlanego. Od profesjonalnego podmiotu jakim niewątpliwie jest Przystępujący można wymagać dochowania należytej staranności przy przygotowywaniu oferty, której w niniejszej sprawie nie można przypisać Przystępującemu. Zauważyć należy, że osoba wskazana na wykazanie doświadczenia personelu stanowi zasób podmiotu trzeciego – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, czyli wykonawcy, który nie złożył oferty w postępowaniu ale na etapie jego ogłoszenia wniesionym odwołaniem w sprawie KIO 2654/20 kwestionował wymagania kryterium dotyczące kierownika budowy i wnioskował o jego zmianę. Powyższe świadczy o tym, że najprawdopodobniej Budimex S.A. miał świadomość, że nie będzie w stanie wykazać się takim doświadczeniem. Biorąc również pod uwagę dowody przedstawione przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym stwierdzić należy, że Wykonawca nie miał problemu z pozyskaniem dokumentów źródłowych – projektów budowlanego i wykonawczego, na podstawie których mógł łatwo zweryfikować informacje wskazane w ofercie. W takim stanie rzeczy Izba uznała, że Przystępujący w wyniku niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Podkreślić trzeba, że Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy pzp, który stanowi:*„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia."* podważając liczbę punktów przyznanych Przystępującemu w kryterium doświadczenie personelu – kierownika budowy. Mając na względzie, że potwierdził się zarzut najdalej idący, skutkujący wykluczeniem

Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp, Izba uwzględniła wniesione odwołanie w całości.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:……...