Sygn. akt: KIO 178/22

WYROK

z dnia 8 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2022 r. przez odwołującego ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz poprzedzającej jej czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, unieważnienie czynności przyznania punktów Przystępującemu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w kryterium Doświadczenie Kierowników: Podkryterium nr 1 - Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB) oraz Podkryterium nr 2 - Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKR), dokonanie ponownego przeliczenia punktów przyznanych Przystępującemu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie ww. podkryteriów, dokonanie ponownego zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, dokonanie ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej,

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1 lit. a) odwołania - po połowie.

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione przez Odwołującego ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, Zamawiającego Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Przystępującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie z tytułu kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą;

2.2. zasądza od Zamawiającego Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz od Przystępującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na

rzecz Odwołującego ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie kwoty po 11 800 zł 00 groszy (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.

Sygn. akt: KIO 178/22

Uzasadnienie

Zamawiający Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., dalej jako „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji pn. Budowa trasy tramwaju szybkiego od ulicy Kasprzaka do Wilanowa na odcinkach: od Puławskiej do ul. Św. Bonifacego i pętli Stegny oraz od ul. Św. Bonifacego do ul. Branickiego" (nr postępowania: DWZ/74/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 września 2021 r. pod numerem Dz. Urz. UE 2021/S 176-459524. Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej jako „ustawa Pzp". Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w przepisie art. 3 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 21 stycznia 2022 r. przez Odwołującego - ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na przyznaniu Wykonawcy Budimex S.A. 3 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników" (DK) Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB)" i zaniechaniu przyznania w tym zakresie 0 punktów (ewentualnie 1 punktu), jak i przyznaniu 2 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników" (DK) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKR)" zamiast 1 punktu, a tym samym uznaniu, że łącznie uzyskał on po aukcji 97,62 pkt, a w konsekwencji uznania oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej, a następnie dokonania jej wyboru.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 238 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Wykonawcy Budimex S.A.:

a) maksymalnej liczby dwóch punktów w ramach „Doświadczenie Kierowników (DK)

Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKR)" - ust. 16.2 pkt 16.2.2 ppkt 2 rozdziału I SWZ, podczas gdy wykonawca Budimex S.A. powinien otrzymać w tym zakresie 1 punkt, ponieważ nie można uznać, aby osoba wskazana przez wykonawcę Budimex S.A. mogła wykazać się doświadczeniem nabytym przy zrealizowaniu 3 robót budowlanych, w szczególności z uwagi na brak doświadczenia nabytego przy zrealizowaniu wymaganych robót w ramach inwestycji nr 2 [pkt IV.I ppkt 2) Wykazu osób];

b) maksymalnej ilości 3 punktów w ramach „Doświadczenie Kierowników" (DK) Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB)" - ust. 16.2 pkt 16.2.2. ppkt 1 rozdziału I SWZ, podczas gdy Budimex S.A. powinien otrzymać w tym zakresie 0 punktów (ewentualnie 1 punkt), ponieważ wypełnił on Wykaz osób przedstawiając inne dane niż wymagane, a tym samym przedstawił Wykaz osób zawierający niepełny zakres informacji dotyczący osoby Pana W. K., uniemożliwiający w sposób jednoznaczny potwierdzenie, że osoba ta posiada wymagane doświadczenie, co uzasadniałoby wedle ust. 16.5 rozdziału I SWZ przyznanie wykonawcy Budimex S.A. 0 punktów („powinno skutkować zaniechaniem przyznania dodatkowych punktów") w ramach tego podkryterium, ewentualnie ponieważ osoba wskazana przez wykonawcę Budimex S.A. nie posiada

wymaganego doświadczenia nabytego przy zrealizowaniu 3 robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa wymaganej klasy drogi w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców minimum 200 tys., z uwagi na brak spełnienia ww. przesłanek w odniesieniu do inwestycji wskazanej przez tegoż wykonawcę w Wykazie osób pod numerem 3) [pkt II. 1 ppkt 3 Wykazu osób], co uzasadniałoby przyznanie wykonawcy Budimex S.A. 1 punktu w ramach tego podkryterium,

a tym samym przyznanie temuż wykonawcy 97,62 punktów w postępowaniu, zamiast 93,62 punktów (ewentualnie 94,62 punktów), co w konsekwencji doprowadziło do uznania oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy przez Zamawiającego, co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców, jak i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności przyznania wykonawcy Budimex S.A. 3 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników" (DK) Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB)" (zamiast 0 punktów, ewentualnie zamiast 1 punktu), jak i czynności przyznania wykonawcy Budimex S.A. 2 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników" (DK) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKR) (zamiast 1 punktu), a tym samym przyznania temuż wykonawcy łącznie 97,62 punktów w postępowaniu, zamiast 93,62 (ewentualnie 94,62) punktów;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem właściwej punktacji należnej wykonawcy Budimex S.A. w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników" (DK) Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB), jak i w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników" (DK) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKR)", co łącznie spowoduje, że wykonawca ten otrzyma w ramach badania i oceny ofert 93,62 (ewentualnie 94,62) punktów;

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty tam wskazane;

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Jako uzasadnienie wniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, co następuje.

„(...) W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców. W wyniku aukcji, która miała miejsce w dniu 11 stycznia 2022 r., Zamawiający wybrał ofertę Budimex S.A. jako najkorzystniejszą, jednocześnie informując pozostałych wykonawców, w tym i ZUE S.A., w myśl art. 253 ust. 1 pkt 1 PZP o „punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji". Z punktacji tej wynika, że pierwsze miejsce uzyskał wykonawca Budimex S.A. z łączną ilością punktów 97,62, podczas gdy Odwołujący, ZUE S.A., otrzymało 97,00 punktów, przy czym cena Budimex to kwota 732,2 mln zł brutto , a cena ZUE to kwota 713,9 mln zł brutto.

Z przedstawionej wykonawcom punktacji wynika, że wykonawca Budimex S.A. otrzymał w ramach kryterium (wedle nomenklatury stosowanej w SWZ) Doświadczenie Kierowników (DK) podkryterium nr 1 Kierownik Budowy (DKB) maksymalną liczbę 3 punktów, którą to ilość można było otrzymać jedynie w sytuacji, gdy wykonawca wykaże dla takiej osoby doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu co najmniej 3 robót budowlanych o „cechach" wymaganych SWZ (rozdział I SWZ pkt 16.2.2 ppkt 1), jak i gdy przedstawi wykaz (wypełniony załącznik nr 4) zgodnie z ust. 16.5 rozdziału I SWZ.

Ponadto z punktacji tej wynika, że wykonawca Budimex S.A. otrzymał w ramach kryterium Doświadczenie Kierowników (DK) podkryterium nr 2 Kierownik Robót Drogowych (DKR) maksymalną liczbę 2 punktów, którą to ilość można było otrzymać jedynie w sytuacji, gdy wykonawca wykaże dla takiej osoby doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu co najmniej 3 robót budowlanych o „cechach" wymaganych SWZ (rozdział I SWZ pkt 16.2.2 ppkt 2)".

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1a odwołania Odwołujący przytoczył brzmienie SWZ w tym zakresie (rozdział I SWZ pkt 16.2.2 ppkt 2) po zmianie SWZ z dnia 12 października 2021 r., zgodnie z którą:

W podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKR)" ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych. Punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą, maksymalna liczba punktów: 2.

Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów
1.	Wskazana osoba spełnia wymagania, o których mowa w ppkt 5.1.2.2. pppkt 4)	0 pkt
2.	Wskazana osoba posiada doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu 2 robót budowlanych**, których każdej przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej z robót (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*)	1 pkt

*doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu;

** za zrealizowaną robotę budowlaną Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia); w związku z powyższym za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu" roboty budowlanej Zmawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia.

3.	Wskazana osoba posiada doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu 3 i więcej robót budowlanych**, których każdej przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości	2 pkt
	co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej z robót (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*)	
	*doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; ** za zrealizowaną robotę budowlaną Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia); w związku z powyższym za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu" roboty budowlanej Zmawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia.	

Następnie Odwołujący podniósł, co następuje: „Zamawiający zatem jasno wskazał, że za zrealizowaną robotę budowlaną w rozumieniu wymogu uzna doprowadzenie do wydania Świadectwa Przejęcia, Protokołu odbioru całości robót lub innego równoważnego dokumentu, dodając, że „za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu" roboty budowlanej Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia, Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia". Jednocześnie Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 685, gdzie w odniesieniu tak do Kierownika Budowy, jak i Kierownika Robót Drogowych - i to zarówno w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, jak i w odniesieniu do kryterium oceny ofert (w tym i kryterium, o którym mowa w ust. 16.2 pkt 16.2.2 ppkt 2 rozdziału I SWZ) jasno wskazał, że chodzi o czasookres doświadczenia aż do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia), a więc okres doświadczenia musi obejmować również czas od zgłoszenia robót do odbioru do dnia wystawienia Świadectwa Przejęcia, Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu" - vide odpowiedź nr 685).

Wykonawca Budimex S.A. w odniesieniu do kryterium Doświadczenie Kierowników (DK) Podkryterium nr 2 Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKR) wskazał osobę Pana S. K., podając dla niego 3 zadania, w tym inwestycję nr 2 (...)"

W tym miejscu Odwołujący powołał się na treść Wykazu osób złożonego przez Przystępującego - Budimex S.A. w zakresie informacji przedstawionych w celu uzyskania

punktów w podkryterium określonym w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2 pkt 2 (wykaz osób wiersz IV punkt 2):

Inwestycja Przebudowa układu drogowego, placów publicznych, torowiska tramwajowego oraz infrastruktury technicznej w strefie Rondo-Rynek w Katowicach ETAP I (wpisać nazwę inwestycji), realizowana dla MIASTO KATOWICE (wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana),

Pełniona funkcja Kierownika Budowy/~~kierownika robót drogowych~~ (zaznaczyć właściwe)

W okresie od 06.02.2012 do 22.02.2013 r. (wpisać daty w formacie DD:MM:RRRR),

Która obejmowała PRZEBUDOWĘ (wpisać Budowę lub Przebudowę) torowiska tramwajowego o łącznej długości 1250 mtp (należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 mtp) w konstrukcji bezpodsypkowej TAK (wpisać TAK albo NIE) zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta TAK (wpisać TAK albo NIE).

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że „(.) wykonawca Budimex S.A. wskazał, iż Pan S. K. pełnił funkcję Kierownika Budowy w okresie od dnia „06.02.2012 r. do 22.02.2013 r.", dookreślając, że chodzi o zadanie pod nazwą „Przebudowa układu drogowego, placów publicznych, torowiska tramwajowego oraz infrastruktury technicznej w strefie Rondo - Rynek w Katowicach ETAP I" Tyle, że na tym zadaniu prace, w tym drogowe i torowe, były realizowane aż do dnia 15 lipca 2013 r., kiedy to nastąpiło ich zgłoszenie przez nowego kierownika budowy - Pana A. O. do odbioru.

Pan S. K. rzeczoną funkcję pełnił bowiem, jak zresztą zostało to zaznaczone w wykazie, jedynie do dnia 22 lutego 2013 r. Potem funkcję tą przejął Pan A. O. . Po zakończeniu prac i po zgłoszeniu ich do odbioru - odbiór nastąpił w dniu 23 sierpnia 2013 r.

Okoliczności te zostały potwierdzone tak przez generalnego wykonawcę na tym zadaniu (który jednocześnie przesłał odpowiednie strony z dziennika budowy, jak i protokół końcowy), jak i przez inwestora.

(.) W konsekwencji nie można uznać, aby Pan S. K. „posiadał doświadczenie przy zrealizowaniu roboty budowlanej" (jak brzmiał wymóg) skoro SWZ jednoznacznie wskazywało, że za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu" roboty budowlanej

Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia, Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia - a odpowiedź nr 685 jasno wskazywała, że wymaga się, aby doświadczenie takiej osoby obejmowało również i czas od zgłoszenia robót do odbioru do dnia wystawienia Świadectwa Przejęcia, Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu, czego z całą pewnością nie ma w niniejszej sprawie (skoro był to okres od dnia 15 lipca 2013 r. do dnia 23 sierpnia 2013 r.).

W konsekwencji nie było podstaw do przyznania wykonawcy Budimex S.A. w zakresie tego kryterium 2 punktów, jak uczynił to Zamawiający. Nie można bowiem mówić o tym, aby także i w związku z zadaniem nr 2 Pan S. K. mógł legitymować się doświadczeniem jak wynika to z SWZ. Pozostają zatem dwa zadania, które uzasadniają przyznanie temuż wykonawcy 1 pkt."

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1 lit. b odwołania Odwołujący powołał się na zapisy rozdziału I SWZ ust. 16.2 pkt 16.2.2 ppkt 1) w brzmieniu zmienionym pismem z dnia 12 października 2021 r. (przy czym Odwołujący zacytował tylko punkt 3. tabeli):

Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów

3.	Wskazana osoba posiada doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu 3 i więcej robót budowlanych** każdej o wartości min. 40 mln PLN netto, z których każda obejmowała swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców**** min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1000 m: - pełną konstrukcję jezdni; - skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną*** Przez okres co najmniej 18 miesięcy na każdej z robót (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*). *doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu;	3 pkt

**za zrealizowaną robotę budowlaną Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia); w związku z powyższym za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu” roboty budowlanej Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów

realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC),

Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia;

***przez sygnalizację świetlną należy rozumieć ogół rozwiązań w postaci systemów sterowania ruchem drogowym na skrzyżowaniach dróg publicznych, w tym na przejściach dla pieszych i przejazdach dla rowerów; sygnalizacją świetlną w myśl definicji Zamawiającego nie jest sygnalizacja kolejowa na przejazdach kolejowych oraz w tunelach metra;

****przez „liczbę mieszkańców" należy rozumieć stan zaludnienia w danym mieście według oficjalnych danych Głównego Urzędu Statystycznego (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczpospolitej Polskiej - według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że „(...) Tabela jaką wykonawcy mieli uzupełnić (załącznik nr 4) brzmiała - w interesującym nas zakresie - w następujący sposób:

inwestycja obejmowała ..... (wpisać BUDOWĘ lub PRZEBUDOWĘ) drogi klasy ... (należy uzupełnić; wymóg: droga co najmniej klasy Z) zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców ..... (należy uzupełnić; wymóg: minimalna liczba mieszkańców - 200 tys.), w ramach której ..... (wpisać WYBUDOWANO lub PRZEBUDOWANO) na długości

.....(należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 m).

Wykonawca Budimex S.A. wprowadził zmiany do przedmiotowej tabeli - to jest nie wypełnił jej w sposób nakazany przez Zamawiającego. W każdej z trzech inwestycji nie wskazał on liczby mieszkańców wedle definicji podanej powyżej, ale wskazał on określoną ilość podając w nawiasie, że jest to „średnia liczba mieszkańców wg GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na Kierownika Budowy

Istotna, w kontekście twierdzenia, że w takiej sytuacji Zamawiający w ogóle nie powinien przyznać wykonawcy Budimex jakichkolwiek punktów w ramach tego podkryterium jest treść ust. 16.5 rozdziału I SWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że podanie niepełnego zakresu informacji, uniemożliwiającego w sposób jednoznaczny potwierdzenie, że dana osoba posiada doświadczenie w ww. zakresie będzie skutkowało zaniechaniem przyznania dodatkowych punktów. Zamawiający, jak dodał, „nie przewiduje możliwości samodzielnego pozyskania niezbędnych informacji na podstawie posiadanych dokumentów, przy czym może weryfikować posiadane informacje" (ust. 16.5 rozdziału I SWZ).

Dokładnie ustęp ten brzmi:

16.5. Zamawiający zastrzega, ze złożenie Wykazu osób zawierającego niepełny zakres informacji dotyczących osób wykazanych w celu uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie Kierowników", uniemożliwiający w sposób jednoznaczny potwierdzenie, że dana osoba posiada doświadczenie w ww. zakresie będzie skutkowało zaniechaniem przyznania dodatkowych punktów. Zamawiający nie przewiduje możliwości samodzielnego pozyskania niezbędnych informacji na podstawie posiadanych dokumentów, przy czym może weryfikować przedstawione informacje.

Zamawiający zatem jasno i wyraźnie wskazał, że w załączniku nr 4 (Wykazie osób) wykonawcy mają podać wszelkie niezbędne informacje wymagane wedle wymogu.

Wykonawca Budimex S.A. uzupełnił w tym zakresie tabelkę przez podanie - jak już było to wskazane „średniej liczby mieszkańców wg GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na Kierownika Budowy". Tyle, że wymóg w żaden sposób nie odnosi się do „średniej liczby mieszkańców z okresu doświadczenia" - wykonawcy mieli uzupełnić informację w zakresie „liczby mieszkańców" - przez co należy rozumieć „stan ludności [wedle danych GUS] przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się wykonawca", co należało zestawić z dodatkową informacją, a to wymogiem, że chodzi o miasto o liczbie mieszkańców minimum 200 tys. osób, a doświadczenie miało być nabyte przy zrealizowaniu umowy.

W konsekwencji wykonawcy mieli pokazać Zamawiającemu, że w okresie doświadczenia - wedle danych GUS - liczba ludności nie była niższa niż wymóg - wskazane 200 tys. osób, a nie pokazywać jakiejkolwiek średniej. Powszechnie dostępne dla każdego jest to, że GUS podaje w tym zakresie informacje w odstępach półrocznych (a więc na koniec i na połowę danego roku). W konsekwencji należało sprawdzić, czy dane GUS za ten okres wynoszą więcej, czy mniej niż 200 tys. osób. Zestawiając to jednocześnie z wymogiem, że chodzi o miasta o liczbie mieszkańców min. 200 tys. osób i z definicją liczby mieszkańców („stan ludności [wedle danych GUS] przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się wykonawca") należało zatem sprawdzić, czy w okresie doświadczenia wskazanym przez wykonawcę rzeczywiście można mówić o mieście przekraczającym 200 tys. osób (w szczególności, gdy wymóg odnosił się do doświadczenia „przy zrealizowaniu" - co już wcześniej omówiono - a więc winien pokazywać, czy na etapie końcowym mieliśmy do czynienia z wymaganą liczbą mieszkańców - o czym dalej jeszcze szerzej). Wykonawca Budimex S.A. nie podał takich informacji, wskazując w tym zakresie inne dane (coś co nazwał „średnią liczbą mieszkańców", a co w istocie, o czym dalej, nawet nie jest średnią).

Wracając jednakże do ust. 16.5 tomu I SWZ raz jeszcze należy zauważyć, że Zamawiający wyraźnie i w sposób niebudzący wątpliwości wskazał, że „podanie niepełnego zakresu informacji, uniemożliwiającego w sposób jednoznaczny potwierdzenie, że dana osoba posiada doświadczenie" będzie skutkowało zaniechaniem przyznania dodatkowych punktów (a więc przyznaniem 0 punktów). Wykonawca Budimex S.A. z całą pewnością nie podał pełnych danych - zamiast bowiem podania informacji wedle wzoru

inwestycja obejmowała ..... (wpisać BUDOWĘ lub

PRZEBUDOWĘ) drogi klasy..... (należy uzupełnić; wymóg: droga co najmniej klasy Z)

zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców.....

(należy uzupełnić; wymóg: minimalna liczba mieszkańców - 200 tys.), w ramach której

..... (wpisać WYBUDOWANO lub PRZEBUDOWANO) na długości

.....(należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 m)
podał on inne dane - twierdząc, że podaje „średnią liczbę mieszkańców z okresu doświadczenia" co w oczywisty sposób nie jest żądaną informacją A przecież jasno było w SWZ wskazane, że gdy treść wykazu nie pozwoli „w sposób jednoznaczny" potwierdzić, że dana osoba posiada wymagane doświadczenie, taki wykonawca powinien nie dostać żadnych punktów w ramach danego podkryterium."

Jako zarzut ewentualny Odwołujący podniósł, że „(.) i tak nie było podstaw do tego, aby przyznać wykonawcy Budimex S.A. maksymalnej ilości 3 punktów za doświadczenie Kierownika Budowy - podkryterium nr 1 (ust. 16.2 pkt 16.2.2 ppkt 1 tomu I SWZ). Na jednym z podanych zadań nie mamy bowiem do czynienia z tym, aby wymóg, jaki został postawiony przez Zamawiającego został spełniony. Otóż wykonawca Budimex S.A. w przygotowanym przez siebie wykazie wskazał, że wskazywana przez niego osoba Pan W. K. może legitymować się także i inwestycją nr 3 (.)"

W tym miejscu Odwołujący zacytował informacje wskazane przez Przystępującego Budomex S.A. w Wykazie osób w celu uzyskania punktów w podkryterium określonym w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2. pkt 1 - punkt II.3 Wykazu osób):

Inwestycja Rozbudowa układu torowo-drogowego w ul. Wały Generała Sikorskiego i al. Jana Pawła II wraz z budową pasa tramwajowo-autobusowego w Toruniu - BIT-CITY II

(wpisać nazwę inwestycji), realizowana dla MIEJSKI ZAKŁAD KOMUNIKACJI W TORUNIU Sp. Z o.o. (wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana), pełniona funkcja Kierownika budowy/~~kierownika robót drogowych~~ (zaznaczyć właściwe) w okresie od 23.04.2019 r. do 31.01.2021 r. (wpisać daty w formacie DD:MM:RRRR), inwestycja obejmowała PRZEBUDOWĘ (wpisać BUDOWĘ lub PRZEBUDOWĘ) drogi klasy Z oraz G (należy uzupełnić; wymóg: droga co najmniej klasy Z) zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców: 200 741 (średnia liczba mieszkańców wg GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy) (należy uzupełnić; wymóg: minimalna liczba mieszkańców - 200 tys.), w ramach której: PRZEBUDOWANO (wpisać WYBUDOWANO lub PRZEBUDOWANO) na długości klasa G - 861 m oraz klasa Z - 454 m w jednym ciągu 1315 m (należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 m):

- pełną konstrukcję jezdni (wpisać TAK albo NIE) TAK

- skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną (wpisać TAK albo NIE) TAK

o wartości robót 55 413 339,69 PLN netto (uzupełnić wartość netto; wymóg: co najmniej 40 mln PLN).

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że sposób podania przez Przystępującego ww. danych był związany z tym, (...) że miasto Toruń, gdzie wykonywane były wskazane prace, jest miastem, które jest „na granicy" 200 tys. osób. W szczególności bowiem w okresie „23.04.2019 - 31.01.2021" ludność Torunia spadła poniżej 200 tys. mieszkańców. W konsekwencji stan ludności przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się wykonawca (a legitymował się do 31.01.2021), był niższy niż wymagane 200 tys. osób. Dane GUS na dzień 31 grudnia 2020 r. jednoznacznie pokazują, że Toruń miał wówczas 198.613 mieszkańców (a na dzień 30 czerwca 2021 r. była to liczba 197.812). Dochodzimy zatem do tego, że - jak dokładnie pokazuje to definicja - nie można mówić o tym, aby miasto Toruń dla okresu doświadczenia było miastem przynajmniej 200 tys.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że wymóg brzmiał (analogicznie jak w przypadku zarzutu 1a), że konieczne jest posiadanie doświadczenia nabytego przy zrealizowaniu robót budowlanych (obejmujących swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi odpowiedniej klasy) w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 200 tys. Już wcześniej była mowa o tym co należy rozumieć przez „przy zrealizowaniu" (chodzi o to, aby dana osoba miała doświadczenie w wykonaniu robót łącznie z ich zgłoszeniem do odbioru etc. - „wraz z doprowadzeniem do wystawienia" świadectwa przejęcia lub innego równoważnego dokumentu). W konsekwencji z całą pewnością w

świetle tak postawionego wymogu - posiadania doświadczenia przy zrealizowaniu robót PLN obejmujących swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi odpowiedniej klasy w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 200 tys. - kluczowy jest moment ich „zrealizowania" (inaczej wszak nie będziemy mogli mówić o doświadczeniu przy zrealizowaniu - wedle definicji podanej w SWZ - robót budowlanych w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności minimum 200 tys. mieszkańców).

Innymi słowy - z całą pewnością nie można mówić o posiadaniu doświadczenia nabytego przy zrealizowaniu (wedle definicji ujętej w SWZ, a więc) robót budowlanych o wartości min. 40 mln PLN obejmujących swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi co najmniej klasy Z w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 200 tys., w sytuacji, gdy na etapie zrealizowania (wedle oświadczenia Budimex S.A. - jest to dzień 31.01.2021 r.) liczba ludności tego miasta była mniejsza niż wymagane 200 tys. osób. A, że tak jest, wynika to z danych GUS - którymi należało wedle SWZ się posługiwać - na tym etapie ludność Torunia była niższa niż wymagane 200 tys. mieszkańców. Jak łatwo ustalić GUS podaje swoje dane na dzień 30 czerwca i 31 grudnia danego roku. Ze strony internetowej GUS zatem wynika, że w okresie doświadczenia mamy takie dane jak:

30 czerwca 2019 r. - 201.798

31 grudnia 2019 r. - 201.447

30 czerwca 2020 r. - 201.106

31 grudnia 2020 r. - 198.613

30 czerwca 2021 r. - 197.812

Tym samym jasno widać, że na etapie „zrealizowania" (wedle oświadczenia Budimex S.A. pochodzącego z wykazu jest to data 31.01.2021 r.) - mamy, wedle oficjalnych danych GUS, stan 198.613 (na 31 grudnia 2020 r.), czy 197.812 (stan na 30 czerwca 2021 r.) W konsekwencji wykonawca Budimex S.A. powinien w takiej sytuacji (gdyby nie uznać że w ogóle nie powinien otrzymać punktów z uwagi na ust. 16.5 SWZ) uzyskać w ramach tego podkryterium jedynie 1 punkt. Ponadto powyższe jeszcze dobitniej pokazuje okoliczność, o której była mowa wcześniej - wykonawca powinien był zgodnie z ust. 16.5 rozdziału I SWZ podać dane w taki sposób, aby możliwe było potwierdzenie spełnienia warunku (mógł zatem podać najniższą liczbę ludności z okresu doświadczenia, bo wtedy wiadomo, że na okres zrealizowania ta liczba na pewno nie byłaby niższa, lub mógłby podać dane na okres zrealizowania). Gdyby zatem wykonawca Budimex S.A. podał rzeczywiste dane, a nie jakieś dokonane uśrednienia - jasno by z tego wynikało, że wymóg nie jest spełniony. Stąd też wykonawca Budimex S.A. podał dane, które nie były oczekiwane przez Zamawiającego, przy czym Zamawiający nie zauważył tej okoliczności i sprzecznie z treścią ust. 16.5 przyznał w tym podkryterium punkty wykonawcy Budimex S.A., podczas gdy powinien tego zaniechać. A nie ulega żadnym wątpliwościom, że to właśnie z załącznika nr 4 (uzupełnionego przez wykonawcę Wykazu) miało wynikać w sposób bezsprzeczny i jednoznaczny, że dany wykonawca spełnia wymóg. Zamawiający jak wyraźnie wskazał w SWZ (ust. 16.5) nie będzie w tym zakresie samodzielnie pozyskiwał informacji - a więc wszelkie dane w tym zakresie powinny znaleźć się już w wypełnionym przez wykonawcę wykazie. Wykonawca podał natomiast w wykazie dane, które w żaden sposób nie odnoszą się do tego co było wymaganiem - przyjął on bowiem, że należy tu podać średnią (przy czym dodatkowo nie jest to średnia wedle danych GUS - bowiem do wyliczenia wziął on dane dla 30.06.2019, 31.12.2019 r., 30.06.2020 i 31.12.2020 r, podczas gdy zadanie to jak rozpoczęło się wcześniej (23.04.2019), tak trwało dłużej (31.01.2021). W konsekwencji też z pewnością nie jest to średnia z okresu doświadczenia, jak wskazał to wykonawca Budimex S.A. w złożonym przez siebie wykazie (co już należy wskazać jedynie na marginesie - wszak kluczowe są tu wcześniej wskazywane kwestie).

W konsekwencji w odniesieniu do tego zarzutu wskazania wymaga, że z uwagi na treść ust. 16.5 rozdziału I SWZ wykonawca Budimex S.A. powinien w ogóle nie otrzymać punktów, ewentualnie, gdyby Izba uznała, że nie zachodzi sytuacja, o której mowa w tym ustępie, z pewnością nie powinien otrzymać maksymalnej liczby punktów, a ewentualnie jeden punkt w ramach tego podkryterium. (.).

Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu 1 (tj. zarzutu oznaczonego punktem 1 lit. a odwołania) oraz wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 i 3 (tj. w zakresie pozostałym).

W pierwszej kolejności, w odniesieniu do zarzutu oznaczonego nr 1 lit a odwołania, Zamawiający powołał się na brzmienie rozdziału I SWZ ppkt 5.1.2.2. w pppkt 1 i 2. Następnie przywołał brzmienie postanowienia rozdziału I SWZ ppkt 16.2.2. wskazując, że doświadczenie osób wskazanych w rozdziale I SWZ ppkt 5.1.2.2 stanowiło również pozacenowe kryterium oceny ofert zgodnie z treścią rozdziału I SWZ ppkt 16.2.2.

Następnie Zamawiający przedstawił przebieg oceny oferty złożonej przez Przystępującego Budimex S.A. w zakresie kryteriów pozacenowych.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego numerem 1 lit. a odwołania Zamawiający przywołał treść wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Budimex S.A. w kwestionowanym zakresie oraz odpowiedź Inwestora - podmiotu Katowickie Inwestycje S.A. - zgodnie z którymi „(.) roboty budowlane objęte inwestycją, w tym m.in. roboty budowlane, których przedmiotem była przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta zostały wykonane w terminie do dnia zgłoszenia zakończenia realizacji inwestycji tj. 15.07.2013 r. i w całości odebrane przez Inwestora protokołem końcowym procedury odbioru robót w dniu 23.08.2013 r.”.

Zamawiający stwierdził, że nie znalazło potwierdzenia stanowisko Przystępującego Budimex S.A. wyrażające się w tym, że Pan S. K. nabył kwestionowane doświadczenie w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Protokołu odbioru całości robót wraz z doprowadzeniem do jego wystawienia. W szczególności Zamawiający odniósł się do treści SWZ wskazując, że w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert wymagał, by osoba skierowana do realizacji zamówienia posiadała doświadczenie nabyte podczas pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych. Zamawiający wskazał, że Przystępujący Budimex S.A. powinien w zakresie podkryterium nr 2 określonego w rozdziale I SWZ ppkt 16.2.2 uzyskać 1 zamiast 2 punktów.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego punktem 1 lit. b odwołania Zamawiający wskazał na genezę wprowadzenia kwestionowanego kryterium pozacenowego oraz przyświecającą mu intencję. W odniesieniu do „okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba” Zamawiający wskazał, że „(.) nigdzie w treści SWZ nie zastrzegł, że ma to być stan dla całego okresu nabycia wykazywanego doświadczenia (.)”. Zamawiający podniósł, że (.) wymóg, aby stan zaludnienia utrzymywał się na wymaganym poziomie w całym okresie, a jakim dana osoba zdobywała doświadczenie jako kierownik budowy/czy kierownik robót, jak również wymóg, aby stan taki istniał w konkretnym momencie wykonywanych prac (np. na początku, czy na końcu zdobywanego doświadczenia) nie przekładałyby się na realny poziom doświadczenia i byłby nieuprawnionym ograniczeniem, dlatego też Zamawiający dopuścił, aby wymagany stan zaludnienia przypadał dla któregokolwiek dowolnego momentu w wykazywanym okresie doświadczenia”. Zamawiający wskazał także na dynamiczny charakter parametru "liczby ludności” oraz podniósł, że „(.) przyjęta ostatecznie w SWZ definicja, która w swej treści nie odnosi się do żadnego konkretnego momentu doświadczenia, wymagając jedynie, aby stan ludności min. 200 tys. przypadał dla wykazywanego przez daną osobę okresu - zatem wystarczające dla spełnienia warunku będzie, gdy wymagany stan ludności przypadnie w którymkolwiek dowolnym momencie wykazywanego okresu i będzie to potwierdzone oficjalnymi danymi GUS”.

W dalszej części pisma Zamawiający wskazał, że „(.) istotnie nie wymagał wskazania w tabeli w Wykazie średniej liczby mieszkańców wg GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na Kierownika Budowy, jednak informacja ta podana przez Przystępującego nie jest informacją niepełną czy uniemożliwiającą Zamawiającemu ocenę/weryfikację informacji z Wykazu i stwierdzenie czy wymóg dot. liczby mieszkańców został spełniony a wręcz jednoznacznie potwierdza, iż skoro średnia liczba mieszkańców w okresie realizacji wynosiła 200 741, to stan ludności w pewnym momencie wykazywanego okresu doświadczenia przekraczał 200 tys. mieszkańców i można to potwierdzić oficjalnymi danymi GUS”.

Pismem z dnia 1 lutego 2022 r. stanowisko na piśmie złożył Przystępujący Budimex S.A. W treści ww. pisma Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że zostało wniesione po upływie wskazanego w ustawie terminu oraz o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Jako uzasadnienie wniosku o odrzucenie odwołania Przystępujący Budimex S.A. podniósł, że zarzuty odwołania dotyczą nieprawidłowej oceny złożonej przez niego oferty w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz że w dniu 3 stycznia 2022 r., wraz z

otrzymaniem zaproszenia do wzięcia udziału w negocjacji, Odwołujący uzyskał wiedzę o tym, że Zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Z powyższego Przystępujący wywiódł, że już od tej daty Odwołujący mógł wnosić zastrzeżenia dotyczące oceny oferty Przystępującego w zakresie kryteriów pozacenowych, co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 13 stycznia 2022 r. Przystępujący Budimex S.A. powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. na wyrok KIO z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 299/12, postanowienie KIO z dnia 21 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 1059/19. W dalszej kolejności Przystępujący Budimex S.A. wskazał, że z chwilą otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej Odwołujący miał wiedzę, że Zamawiający dokonał oceny ofert, natomiast punkty przyznane w kwestionowanym kryterium są niezmienne, nie podlegają licytacji oraz będą automatycznie dodawane do punktów przyznanych w toku aukcji. Przystępujący Budimex S.A. powołał w tym zakresie postanowienie KIO z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1713/13. Dodatkowo Przystępujący powołał się na informację e-mailową skierowaną do uczestników postępowania zaproszonych do aukcji elektronicznej w dniu 5 stycznia 2022 r. o opublikowaniu na platformie aukcji produkcyjnej DWZ/74/2021 - od tej daty w ocenie Przystępującego wykonawcy mieli możliwość wejścia w zakładkę „aukcja produkcyjna DWZ/74/2021", w której zostały opublikowane informacje na temat oferty prowadzącej, jej ceny oraz liczby punktów przyznanych tej ofercie. Zestawienie tych informacji w ocenie Przystępującego Budimex S.A. wskazywało, że chodzi o ofertę Wykonawcy Budimex S.A.

Z ostrożności procesowej Przystępujący Budimex S.A. przedstawił także argumentację służącą wykazaniu, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1 lit. a odwołania Przystępujący wskazał, że Pan S. K. doprowadził do wystawienia protokołu odbioru robót wykonanych w ramach kwestionowanej inwestycji. Wskazał na jej dwuetapowość oraz fakt, że jeden z konsorcjantów delegował Pana S. K. jako odpowiedzialnego za etap I, natomiast drugi z konsorcjantów delegował osobę odpowiedzialną za etap II. Przystępujący wskazał, ze działalność Pana S. K. na tej inwestycji nie zakończyła się z dniem 22 lutego 2013 r., ale że pełnił on funkcję Kierownika budowy przez cały okres realizacji zadania poprzedzający bezpośrednio wystawienie protokołu odbioru robót, do którego wystawienia doprowadził. Jako dowody służące potwierdzeniu tego, że Pan S. K. pełnił funkcję po 22 lutego 2013 r. Przystępujący wskazuje jego uczestnictwo w cyklicznych naradach, w odbiorach końcowych torowiska tramwajowego w dniu 30 lipca 2013 r. Przystępujący Budimex S.A. powołał się na inne niż dziennik budowy dokumenty związane z kwestionowaną inwestycją, tj. protokoły odbioru, protokoły z narad budowy. Przystępujący wskazał, że Zamawiający w treści SWZ nie zastrzegł, że weryfikacja okresu doświadczenia będzie się odbywać na podstawie wpisów do dziennika budowy, jak również nie powołał się na definicję kierownika budowy pochodzącą z ustawy - Prawo budowlane.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1 lit. b odwołania Przystępujący Budimex S.A. wskazał, że sformułowanie „okres doświadczenia" nie zostało przez Zamawiającego zdefiniowane np. poprzez zawężenie do konkretnej daty. Przystępujący powołał się na definicję zawartą w Słowniku Języka Polskiego i sprowadził słowo „okres" do „przedziału czasowego". Wskazał także na rozróżnienie zwrotów: „doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu robót" oraz „ doświadczenia nabyte na moment zrealizowania robót". W ocenie Przystępującego Budimex S.A. z zapisów SWZ nie wynika, aby wykonawcy zobowiązani byli do wskazania najniższej liczby ludności przypadającej dla okresu doświadczenia. Przystępujący zakwestionował także odnoszenie parametru „liczby ludności" wyłącznie do końcowego etapu inwestycji. Wskazał, że liczba mieszkańców i związane z nią natężenie ruchu pozostaje bez wpływu na roboty budowlane w końcowej fazie kontraktu. W dalszej kolejności Przystępujący podniósł, że podanie średniej liczby mieszkańców z okresu doświadczenia wydaje się rozwiązaniem racjonalnym w perspektywie faktu, że żądany okres doświadczenia obejmuje dłuższe przedziały czasowe. Następnie Przystępujący Budimex S.A. wskazał, że Odwołujący finalnie zakwestionował tylko liczbę mieszkańców w zakresie jednego z trzech zadań wskazanych przez Przystępującego w Wykazie osób, tj. zadania mającego za przedmiot Rozbudowę układu torowo-drogowego w ul. Wały Generała Sikorskiego i al. Jana Pawła II wraz z budową pasa tramwajowo-autobusowego w Toruniu - BIT-CITY II realizowanego w Toruniu. Z danych GUS przedstawionych przez Odwołującego w zakresie ww. zadania Przystępujący Budimex S.A. wywodzi, że wynika z nich, iż w całym wskazanym okresie doświadczenia średnia liczba mieszkańców Torunia przekraczała 200 tysięcy mieszkańców. Przystępujący wskazał, że przez zdecydowanie większą część okresu doświadczenia stan ludności spełniał wymogi określone przez Zamawiającego. Przystępujący podniósł także, że pismo GUS z dnia 22 grudnia 2021 r. załączone do odwołania nie zawiera pytania, jakie Odwołujący skierował do GUS oraz, że wynika z niego, iż GUS nie posiada danych o liczbie ludności według okresów wskazanych w zamówieniu.

Pismem z dnia 2 lutego 2022 r. stanowisko na piśmie złożył Odwołujący. Podniósł w nim, że wskazanie przez Przystępującego, iż Pan S. K. po dacie 22 lutego 2013 r. nadal

pełnił funkcję prowadziłoby do nieuprawnionej zmiany oświadczenia złożonego w Wykazie osób.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego wyrażone na piśmie oraz ustnie na rozprawie i zanotowane w protokole, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Z uwagi na ustalenie spełnienia wymogów określonych w przepisie art. 525 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone przez Wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego i wobec powyższego dopuściła ww. Wykonawcę do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba stwierdziła brak zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w przepisie art. 528 ustawy Pzp.

Izba postanowiła oddalić wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, mając na uwadze, że zgodnie z art. 525 ust. 4 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z wyjątkiem przypadku zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 523 ust. 1, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Izba ustaliła, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Zamawiającego w stosunku do wniosku o odrzucenie odwołania zgłoszonego przez Przystępującego - Zamawiający wniósł o oddalenie tego wniosku.

Niezależnie od powyższego, w zakresie terminu na wniesienie odwołania Izba ustaliła, że w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający pismem z dnia 3 stycznia 2022 r. wystąpił do Odwołującego z zaproszeniem do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. W treści zaproszenia Zamawiający zawarł informację, że w wyniku badania i oceny ofert stwierdzono, iż oferta ZUE S.A. nie podlega odrzuceniu i w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SWZ, otrzymała punktację i zajęła pozycję zgodnie z informacjami zawartymi w przedstawionej tabeli. Odwołujący został poinformowany wyłącznie o punktacji przyznanej Odwołującemu - pismo z dnia 3 stycznia nie zawierało punktacji przyznanej w zakresie kryterium pozacenowego pozostałym Wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Pismem z dnia 12 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej - w treści ww. pisma Zamawiający wskazał nazwy Wykonawców, którzy złożyli oferty oraz przedstawił punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Zgodnie z treścią przepisu art. 232 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Zgodnie z ustępem 2. ww. przepisu w zaproszeniu zamawiający informuje wykonawcę o:

1) wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy;

2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej;

3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;

4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;

5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;

6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości;

7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeśli zamawiający

zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 237 pkt 3 ustawy Pzp.

W myśl przepisu art. 253 ust. 1 ustawy Pzp Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy początkiem biegu terminu na wniesienie odwołania przez Wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie w zakresie zarzutów w nim wskazanych był dzień przekazania przez Zamawiającego informacji o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, co miało miejsce w piśmie informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej - w dniu 12 stycznia 2022 r.

Izba w tym zakresie nie podzieliła stanowiska Przystępującego, uznając je za sprzeczne z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się - w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji

elektronicznej, a który ma zastosowanie w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający, działając zgodnie z przepisem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 12 stycznia 2022 r. poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty m.in. o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert. Na żadnym z wcześniejszych etapów postępowania prowadzonego z wykorzystaniem aukcji elektronicznej ustawodawca nie przewidział obowiązku informowania wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia o punktacji przyznanej innym wykonawcom w zakresie kryteriów pozacenowych. W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 3 stycznia 2022 r. każdy z zaproszonych wykonawców - w tym także Wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie - otrzymał, w myśl art. 232 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, informację o wyniku badania i oceny wyłącznie swojej oferty.

Skoro zatem ustawodawca jako moment poinformowania każdego z wykonawców, którzy złożyli oferty o punktacji przyznanej pozostałym wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie tego samego zamówienia wskazał moment „niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej”, a jednocześnie zamawiający wypełniając dyspozycję art. 253 ust. 1 ustawy Pzp przekazał informacje o punktacji w zakresie kryteriów pozacenowych przyznanej pozostałym wykonawcom wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, to od tego właśnie momentu bieg rozpoczyna termin na wniesienie odwołania od czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu punktacji w zakresie kryteriów pozacenowych pozostałym ofertom. W tej bowiem dacie wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie zamówienia została przekazana informacja o czynności zamawiającego mogącej stanowić podstawę do wniesienia odwołania w postaci punktacji (liczby punktów otrzymanej w poszczególnych kryteriach) przyznanej ofertom złożonym przez pozostałych wykonawców w kryteriach pozacenowych.

Bez znaczenia dla oceny prawnej przedmiotowego stanu faktycznego Izba uznała dowodzony przez Przystępującego fakt, że najpóźniej w dniu 5 stycznia 2022 r. Wykonawcy (w tym Odwołujący) mogli uzyskać wiedzę o punktacji przyznanej w kwestionowanym kryterium Przystępującemu. W tym celu w ocenie Przystępującego wystarczyło zapoznać się z informacją e-mail o opublikowaniu na platformie aukcji produkcyjnej oraz zalogować się na platformę i wejść w zakładkę „aukcja produkcyjna DWZ/74/2021”.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy zbyt daleko idącym jest pogląd nakładający na wykonawców obowiązek formułowania zarzutów

odwołania w oparciu o informację niepełną (wynikającą w ocenie Przystępującego z zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, w którym Zamawiający nie podał liczby punktów przyznanej pozostałym wykonawcom) lub w oparciu o informację na danym etapie zaszyfrowaną i wymagającą odszyfrowania i powiązania z innymi udostępnionymi dokumentami (dane zawarte w dniu 5 stycznia w zakładce „aukcja produkcyjna DWZ/74/2021 - nie zawierają nazwy Wykonawcy, a jedynie określenie „oferta prowadząca"). Taki pogląd uznać należy za chybiony zwłaszcza w sytuacji, gdy ustawa przewiduje moment, w którym zamawiający jest zobowiązany podać wykonawcom informację o czynnościach zamawiającego objętych przedmiotowym odwołaniem. Wyrazem dochowania należytej staranności jest tu złożenie odwołania w terminie, którego bieg wyznacza czynność Zamawiającego, która zgodnie z przepisem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp następuje niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej - wtedy bowiem Zamawiający był zobowiązany poinformować wykonawców o punktacji przyznanej w zakresie kryteriów pozacenowych ofertom złożonym przez pozostałych wykonawców ubiegających się o to zamówienie.

W zakresie legitymacji do wniesienia odwołania Izba uznała, że Odwołujący, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz fakt, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący Budimex S.A. złożył ustnie przed Izbą oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu wskazanego w punkcie 1 lit. a odwołania.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, na który składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przekazana przez Zamawiającego, w szczególności protokół postępowania - druk ZP-PN, Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, oferta Wykonawcy Budimex S.A., korespondencja prowadzona przez Zamawiającego z Przystępującym, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 stycznia 2022 r., pismo pochodzące od podmiotu NDI S.A. z dnia 20 stycznia 2022 r. wraz z załącznikami, pismo Miasta Katowice z dnia 17 grudnia 2021 r., wydruk danych GUS, pismo GUS dot. publikacji danych za rok 2021, skan zrzutu ekranu przedstawiającego informacje zawarte w zakładce „aukcja produkcyjna DWZ/74/2021".

Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie mające za przedmiot zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji pn. „Budowa trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinkach: od ul. Puławskiej do ul. Św. Bonifacego i pętli Stegny oraz od ul. Św. Bonifacego do ul. Branickiego".

Zgodnie z rozdziałem I SWZ pkt 16.2.2 po zmianach SWZ wprowadzonych pismem z dnia 12 października 2021 r. (znak pisma: DWZ.261.74.2021.MMS) Zamawiający ustanowił kryterium pozacenowe o nazwie Doświadczenie Kierowników o wadze 5%. W ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników" ocenie podlegać będzie doświadczenie osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w załączonym do oferty „Wykazie osób", którego wzór stanowi załącznik nr 4 do rozdziału IV SWZ. Punkty zostaną przyznane w następujących dwóch podkryteriach:

1) Podkryterium nr 1 - Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB)". Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy. Punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą, maksymalna liczba punktów: 3.

Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów
1.	Wskazana osoba spełnia wymagania, o których mowa w ppkt. 5.1.2.2. pppkt 3	0 pkt

2.	Wskazana osoba posiada doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu 2 robót budowlanych** każdej o wartości min. 40 mln PLN netto, z których każda obejmowała swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców**** min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1000 m: - pełną konstrukcję jezdni; - skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną*** Przez okres co najmniej 18 miesięcy na każdej z robót (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*). *doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; **za zrealizowaną robotę budowlaną Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia); w związku z powyższym za doświadczenie nabyte „przy	1 pkt

	zrealizowaniu” roboty budowlanej Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia; ***przez sygnalizację świetlną należy rozumieć ogół rozwiązań w postaci systemów sterowania ruchem drogowym na skrzyżowaniach dróg publicznych, w tym na przejściach dla pieszych i przejazdach dla rowerów; sygnalizacją świetlną w myśl definicji Zamawiającego nie jest sygnalizacja kolejowa na przejazdach kolejowych oraz w tunelach metra; ****przez „liczbę mieszkańców” należy rozumieć stan zaludnienia w danym mieście według oficjalnych danych Głównego Urzędu Statystycznego (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczpospolitej Polskiej - według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia	

3.	Wskazana osoba posiada doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu 3 i więcej robót budowlanych** każdej o wartości min. 40 mln PLN netto, z których każda obejmowała swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców**** min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1000 m: - pełną konstrukcję jezdni; - skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną*** Przez okres co najmniej 18 miesięcy na każdej z robót (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*). *doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć	3 pkt

jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu;

**za zrealizowaną robotę budowlaną Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia); w związku z powyższym za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu" roboty budowlanej Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia;

***przez sygnalizację świetlną należy rozumieć ogół rozwiązań w postaci systemów sterowania ruchem drogowym na skrzyżowaniach dróg publicznych, w tym na przejściach dla pieszych i przejazdach dla rowerów; sygnalizacją świetlną w myśl definicji Zamawiającego nie jest sygnalizacja kolejowa na przejazdach kolejowych oraz w tunelach metra;

****przez „liczbę mieszkańców" należy rozumieć stan zaludnienia w danym mieście według oficjalnych danych Głównego Urzędu Statystycznego (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczpospolitej Polskiej - według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia

2) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKR)". Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych. Punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą, maksymalna liczba punktów: 2.

Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów
1.	Wskazana osoba spełnia wymagania, o których mowa w ppkt. 5.1.2.2 pppkt 4) SWZ	0 pkt
2.	Wskazana osoba posiada doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu 2 robót budowlanych**, których każdej przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej z robót (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie nabyte przez okres całego kontraktu*) *doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; **za zrealizowaną robotę budowlaną Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia); w związku z powyższym za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu" roboty budowlanej Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia.	1 pkt
3.	Wskazana osoba posiada doświadczenie nabyte przy zrealizowaniu 3 i więcej robót budowlanych**, których każdej przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej z robót (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie nabyte przez okres całego kontraktu*) *doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć jako	2 pkt

doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; **za zrealizowaną robotę budowlaną Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia); w związku z powyższym za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu" roboty budowlanej Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia.

Jednocześnie w punkcie 16.4 rozdziału I SWZ Zamawiający ustanowił założenie, że ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie Kierowników" zostanie dokonana na podstawie złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą załącznika nr 4 do rozdziału IV - Wykazu osób.

Tymczasem załącznik nr 4 do rozdziału IV SWZ w zakresie informacji przedstawianych w celu uzyskania punktów w podkryterium określonym w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2. pkt 1) miał następujący schemat (z uwzględnieniem zmian SWZ dokonanych pismem Zamawiającego z dnia 12 października 2021 r.):

Inwestycja..... (wpisać nazwę inwestycji),

realizowana dla ..... (wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana), pełniona funkcja kierownika budowy / kierownika robót drogowych

(zaznaczyć właściwe) w okresie od ..... do ..... (wpisać daty w

formacie DD:MM:RRRR), inwestycja obejmowała .....

(wpisać BUDOWĘ lub PRZEBUDOWĘ) drogi klasy..... (należy uzupełnić; wymóg: droga

co najmniej klasy Z) zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie

mieszkańców ..... (należy uzupełnić; wymóg: minimalna liczba mieszkańców -

200 tys.), w ramach której:

- ..... (wpisać WYBUDOWANO lub PRZEBUDOWANO) na długości

.....(należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 m):

- PEŁNĄ KONSTRUKCJĘ JEZDNI (wpisać TAK albo NIE)

Z kolei załącznik nr 4 do rozdziału IV SWZ w zakresie informacji przedstawianych w celu uzyskania punktów w podkryterium określonym w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2. pkt 2) miał następujący schemat (z uwzględnieniem zmian SWZ dokonanych pismem Zamawiającego z dnia 12 października 2021 r.):

inwestycja..... (wpisać nazwę inwestycji),

realizowana dla ..... (wpisać podmiot, na rzecz którego

inwestycja była realizowana), pełniona funkcja kierownika budowy / kierownika robót

drogowych (zaznaczyć właściwe) w okresie od ..... do .....

(wpisać daty w formacie DD:MM:RRRR), która obejmowała .....

(wpisać BUDOWĘ lub PRZEBUDOWĘ) torowiska tramwajowego o łącznej długości

..... (należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 mtp) w konstrukcji bezpodsypkowej

..... (wpisać TAK albo NIE) zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta

(wpisać TAK albo NIE)

Tymczasem Przystępujący Budimex S.A. w zakresie podkryterium określonego w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2. pkt 1) wskazał trzy następujące inwestycje:

1. inwestycja Zaprojektowanie i wybudowanie linii tramwajowej na osiedle Bielany (do UMK) od skrzyżowania ulic Bema /Sienkiewicza przez ulicę Sienkiewicza, Gagarina, Szosę Okrężną do pętli tramwajowej Bielany w Toruniu (wpisać nazwę inwestycji), realizowana dla MIEJSKI ZAKŁAD KOMUNIKACJI W TORUNIU SP. Z O.O. (wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana), pełniona funkcja kierownika budowy / ~~Kierownika Robót Drogowych~~ (zaznaczyć właściwe) w okresie od 25.01.2013r. do 23.06.2014r. (wpisać daty w formacie DD:MM:RRRR),

ROBOTY BUDOWLANE TRWAŁY KRÓCEJ NIŻ 18 MIESIĘCY, WW. DOŚWIADCZENIE ZOSTAŁO NABYTE PRZEZ CAŁY OKRES TRWANIA ROBÓT BUDOWLANYCH inwestycja obejmowała PRZEBUDOWĘ (wpisać BUDOWĘ lub PRZEBUDOWĘ) drogi klasy Z oraz G (należy uzupełnić; wymóg: droga co najmniej klasy Z) zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców: 203 706 (średnia liczba mieszkańców wg. GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na Kierownika Budowy) (należy uzupełnić; wymóg: minimalna liczba mieszkańców - 200 tys.), w ramach której:

- PRZEBUDOWANO (wpisać WYBUDOWANO lub PRZEBUDOWANO) drogę na długości: klasa Z - 945m oraz klasa G - 125m w jednym ciągu 1070m (należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 m):

- PEŁNĄ KONSTRUKCJĘ JEZDNI (wpisać TAK albo NIE) TAK

- SKRZYŻOWANIE Z SYGNALIZACJĄ ŚWIETLNĄ (wpisać TAK albo NIE) TAK

o wartości robót - umowa podstawowa wraz z robotami dodatkowymi 43 946 914,15 PLN netto (uzupełnić wartość netto; wymóg: co najmniej 40 mln PLN)

2.inwestycja Zaprojektuj i wybuduj - Przebudowa torowiska tramwajowego na linii średnicowej od węzła Toruń Miasto do Al. Solidarności w Toruniu , poprawiającego dostępność komunikacji zespołu staromiejskiego wpisanego na listę światowego

dziedzictwa kulturowego UNESCO poprzez transport przyjazny środowisku i budowa węzła przesiadkowego przy dworcu PKP Toruń Miasto integrującego tramwajową linię średnicową nr. 1 oraz pozostały transport publiczny z koleją Metropolitalną BIT CITY (wpisać nazwę inwestycji), realizowana dla MIEJSKI ZAKŁAD KOMUNIKACJI W TORUNIU SP. Z O.O. (wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana), pełniona funkcja Kierownika Budowy / ~~kierownika robót drogowych~~ (zaznaczyć właściwe) w okresie od 18.08.2014r. do 30.09.2015r. (wpisać daty w formacie DD:MM:RRRR),

ROBOTY BUDOWLANE TRWAŁY KRÓCEJ NIŻ 18 MIESIĘCY, WW. DOŚWIADCZENIE ZOSTAŁO NABYTE PRZEZ CAŁY OKRES TRWANIA ROBÓT BUDOWLANYCH

inwestycja obejmowała PRZEBUDOWĘ (wpisać BUDOWĘ lub PRZEBUDOWĘ) drogi klasy Z oraz G (należy uzupełnić; wymóg: droga co najmniej klasy Z) zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców: 203 049 (średnia liczba mieszkańców wg. GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy) (należy uzupełnić; wymóg: minimalna liczba mieszkańców - 200 tys.), w ramach której:

- PRZEBUDOWANO (wpisać WYBUDOWANO lub PRZEBUDOWANO) na długości klasa G - 500m oraz klasa Z - 750m w jednym ciągu 1250m (należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 m):

- PEŁNĄ KONSTRUKCJĘ JEZDNI (wpisać TAK albo NIE) TAK

- SKRZYŻOWANIE Z SYGNALIZACJĄ ŚWIETLNĄ (wpisać TAK albo NIE) TAK

o wartości robót 42 780 000,00 PLN netto (uzupełnić wartość netto; wymóg: co najmniej 40 mln PLN)
3.inwestycja Rozbudowa układu torowo-drogowego w ul. Wały Generała Sikorskiego i al. Jana Pawła II wraz budową pasa tramwajowo-autobusowego w Toruniu - BIT-CITY II

(wpisać nazwę inwestycji),

realizowana dla MIEJSKI ZAKŁAD KOMUNIKACJI W TORUNIU SP. Z O.O. (wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana),

pełniona funkcja Kierownika Budowy / ~~kierownika robót drogowych~~ (zaznaczyć właściwe) w okresie od 23.04.2019r. do 31.01.2021r. (wpisać daty w formacie DD:MM:RRRR), inwestycja obejmowała PRZEBUDOWĘ (wpisać BUDOWĘ lub PRZEBUDOWĘ) drogi klasy Z oraz G (należy uzupełnić; wymóg: droga co najmniej klasy Z) zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców: 200 741 (średnia liczba mieszkańców wg. GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy) (należy uzupełnić; wymóg: minimalna liczba mieszkańców - 200 tys.), w ramach której:

- PRZEBUDOWANO (wpisać WYBUDOWANO lub PRZEBUDOWANO) na długości klasa G - 861m oraz klasa Z - 454m w jednym ciągu 1315m (należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 m):

- PEŁNĄ KONSTRUKCJĘ JEZDNI (wpisać TAK albo NIE) TAK

- SKRZYŻOWANIE Z SYGNALIZACJĄ ŚWIETLNĄ (wpisać TAK albo NIE) TAK

o wartości robót 55 413 339,69 PLN netto (uzupełnić wartość netto; wymóg: co najmniej 40 mln PLN)

Z kolei w zakresie podkryterium wskazanego w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2. pkt 2 Przystępujący Budimex S.A. wskazał trzy inwestycje, wśród których pod numerem 2. wskazał następującą inwestycję:

2.inwestycja Przebudowa układu drogowego, placów publicznych, torowiska

tramwajowego oraz infrastruktury technicznej w strefie Rondo - Rynek w Katowicach

ETAP I (wpisać nazwę inwestycji), realizowana dla MIASTO KATOWICE (wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja była realizowana),

pełniona funkcja Kierownika Budowy / ~~kierownika robót drogowych~~ (zaznaczyć właściwe) w okresie od 06.02.2012r. do 22.02.2013r. (wpisać daty w formacie DD:MM:RRRR), (wpisać daty w formacie DD:MM:RRRR; ww. okres powinien obejmować co najmniej 12 miesięcy, z tym, że jeśli kontrakt trwał krócej, wymagane jest doświadczenie przez cały okres kontraktu - w takim przypadku należy dopisać KONTRAKT TRWAŁ KRÓCEJ NIŻ 12 MIESIĘCY, WW. DOŚWIADCZENIE ZOSTAŁO NABYTE PRZEZ CAŁY

OKRES TRWANIA KONTRAKTU) która obejmowała PRZEBUDOWĘ (wpisać BUDOWĘ lub PRZEBUDOWĘ) torowiska tramwajowego o łącznej długości 1250 mtp (należy uzupełnić; wymóg: co najmniej 1000 mtp) w konstrukcji bezpodsypkowej TAK (wpisać TAK albo NIE) zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta TAK (wpisać TAK albo NIE)

Zamawiający pismem z dnia 12 stycznia 2022 r. poinformował Wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej - złożonej przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie Zamawiający poinformował o punktacji przyznanej wszystkim wykonawcom, w tym Wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie kryteriów pozacenowych:

Nazwa i adres wykonawcy	Liczba punktów w kryterium cena	Liczba punktów w kryterium Doświadczenie Ekspertów Kluczowych		Łączna liczba punktów
Budimex S.A. [adres].	92,62	Kierownik budowy	3	97,62 pkt
		Kierownik robót drogowych	2	

Izba zważyła, co następuje.

Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz orzekając w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, działając na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego numerem 1 lit. a odwołania Izba stwierdziła, że ustanowiony przez Zamawiającego opis kryterium pozacenowego w zakresie podkryterium nr 2 - Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych wymagał od wykonawców ubiegających się o uzyskanie punktów w ramach ww. kryterium wykazania doświadczenia w zakresie wyspecyfikowanym przez Zamawiającego - odpowiednio dwóch ustalonych robót budowlanych dla zdobycia 1 punktu albo trzech i więcej robót budowlanych dla zdobycia 2 punktów. Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba za istotne uznała odniesienie się do zdefiniowanego w treści SWZ przez Zamawiającego sformułowania „zrealizowana robota budowlana", pod którym należało rozumieć „doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia); w związku z powyższym za doświadczenie nabyte „przy zrealizowaniu" roboty budowlanej Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej, bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia". Zestawiając definicję ustaloną przez Zamawiającego z opisem kryterium pozacenowego Izba stwierdziła, co następuje:

1. wskazany przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia w ramach kryterium pozacenowego podkryterium nr 2 -

„Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych" okres realizacji doświadczenia miał trwać co najmniej 12 miesięcy (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu), przy czym, zgodnie z ustaloną przez Zamawiającego definicją sfomułowania „zrealizowanej roboty budowlanej" Zamawiający uzna pełnienie funkcji w ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Świadectwa Przejęcia/Protokołu

odbioru/równoważnego dokumentu wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia.

Powyższe oznacza, że wskazany w Wykazie osób okres doświadczenia powinien trwać 12 miesięcy (a jeżeli kontrakt trwał krócej - okres całego kontraktu), a jednocześnie miał on obejmować czas bezpośrednio poprzedzający wystawienie Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru/równoważnego dokumentu wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia.

2. doświadczenie wykazane w celu uzyskania punktów w ramach ww. kryterium pozacenowego - podkryterium nr 2 miało być realizowane poprzez pełnienie funkcji odpowiednio kierownika budowy/kierownika robót drogowych - wskazuje na to nie tylko tytuł nadany kryterium pozacenowemu w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2, ale także korespondujący z ww. kryterium wzór wykazu osób stanowiącego załącznik nr 4 do rozdziału IV SWZ, na podstawie którego miała być dokonywana ocena punktowa w ramach ww. kryterium - zgodnie z wzorem wykazu osób wykonawcy ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, wskazując doświadczenie w celu uzyskania punktów w podkryterium określonym w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2 pkt 2, zostali zobowiązani do zaznaczenia pełnionej funkcji spośród dwóch: kierownik budowy albo kierownik robót drogowych.

Jak ustaliła Izba na podstawie okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, Przystępujący Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w odniesieniu do Pana S. K. wykazał inwestycję wskazaną w punkcie IV.1.2 złożonego Wykazu osób, mającą za przedmiot Przebudowę układu drogowego, placów publicznych, torowiska tramwajowego oraz infrastruktury technicznej w strefie Rondo-Rynek w Katowicach ETAP I, gdzie jako pełnioną funkcję zaznaczył „Kierownik Budowy" oraz wskazał okres: od 6 lutego 2012 r. do 22 lutego 2013 r.

Tymczasem, jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z protokołu końcowego procedury odbioru robót, przedmiotowa inwestycja, jak słusznie zauważył Odwołujący oraz co nie było sporne między stronami, zakończyła się odbiorem robót, który miał miejsce w dniu 23 sierpnia 2013 r. Natomiast roboty trwały do dnia 15 lipca 2013 r.

Tym samym Izba stwierdziła, że okres doświadczenia wskazany w odniesieniu do kwestionowanej inwestycji przez Przystępującego w złożonym wykazie osób zakończył się niespełna pół roku przed zakończeniem robót oraz dokonaniem odbioru przedmiotowej inwestycji. Zatem doświadczenie, na które powołał się Przystępujący Budimex S.A. w punkcie IV.1.2 Wykazu osób w odniesieniu do Pana S. K. nie było zdobywane w okresie bezpośrednio poprzedzającym wystawienie Protokołu odbioru robót wraz z doprowadzeniem do ich wystawienia - jak żądał tego Zamawiający w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2.2. Powyższa teza znajduje także potwierdzenie w przywołanej przez Odwołującego odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 685 do SWZ. Zamawiający stwierdził, że „(...) dla spełnienia warunku/kryterium oceny ofert konieczne jest pełnienie funkcji wskazanej odpowiednio w ppkt 5.1.2.2 pppkt 3) i 4) oraz w ppkt 16.2.2 ppkt 1) i 2) rozdziału I SWZ nieprzerwanie przez okres 18 miesięcy aż do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia), a więc okres doświadczenia musi obejmować również czas od zgłoszenia robót do odbioru do dnia wystawienia Świadectwa Przejęcia, Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu. Wymóg dotyczący co najmniej 18 miesięcznego okresu realizacji nie dotyczy kontraktów, które trwały krócej - wówczas pod uwagę brany jest okres doświadczenia przy realizacji przez okres całego kontraktu".

Już na podstawie tego faktu Izba uznała, że Zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał Przystępującemu Budimex S.A. dodatkowy punkt w ocenie punktowej dokonanej w zakresie kryterium pozacenowego - Podkryterium nr 2 „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych" uznając w sposób nieuprawniony, że doświadczenie wskazane przez Przystępującego Budimex S.A. w punkcie IV.1.2 Wykazu osób odpowiada doświadczeniu wyspecyfikowanemu przez Zamawiającego w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2.2.

Izba zwróciła także uwagę na okoliczność trafnie podniesioną przez Odwołującego, że Pan S. K. funkcję Kierownika Budowy na przedmiotowej inwestycji pełnił jedynie do dnia 22 lutego 2013 r., czego potwierdzeniem jest załączona do odwołania kopia wpisu z dziennika budowy prowadzonego dla przedmiotowej inwestycji. Z datą 22 lutego 2013 r. Pan S. K. oświadczył w nim, co następuje: „Z dniem dzisiejszym przestaję pełnić obowiązki Kierownika Budowy", oświadczenie to zostało opatrzone odręcznym podpisem.

Z uwagi na fakt, że na mocy art. 45 ust. 2 ustawy Prawo budowlane, dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania tych robót Izba temu właśnie dokumentowi, korzystającemu ze statusu dokumentu urzędowego, przyznała najwyższą wartość dowodową do ustalenia przedmiotowej kwestii. Izba w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy uznała, że skoro zapis zawarty w dzienniku budowy jednoznacznie wskazuje, iż Pan S. K. z dniem 22 lutego 2013 r. przestał pełnić obowiązki Kierownika Budowy w ramach przedmiotowej inwestycji, to nie mogą przeczyć temu inne dokumenty o charakterze wewnętrznym, jak np. Protokoły z narad lub protokół końcowego odbioru robót, w szczególności z uwagi na fakt, że Pan S. K. został w nich wskazany jako np. członek komisji odbioru.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że okres doświadczenia wskazany przez Przystępującego Budimex S.A. w punkcie IV.1.2 Wykazu osób istotnie odpowiada i pokrywa się z okresem, w jakim Pan S. K. pełnił funkcję Kierownika Budowy, jednak z całą stanowczością Izba uznała, że wskazany przez Przystępującego okres nie obejmuje okresu bezpośrednio poprzedzającego wystawienie Protokołu odbioru. Co więcej, w okresie nazwanym przez Zamawiającego jako okres bezpośrednio poprzedzający wystawienie Protokołu odbioru Pan S. K. nie pełnił już obowiązków Kierownika Budowy.

Izba uznała, że punktacja przyznana przez Zamawiającego z powyższych względów została w sposób nieuprawniony zawyżona w taki sposób, że Zamawiający przyznał Przystępującemu dodatkowy punkt w przedmiotowym kryterium (Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych) z uwagi na wykazanie doświadczenia nabytego przy zrealizowaniu 3 robót budowlanych, podczas gdy jedna z nich - dotycząca inwestycji wskazanej w pozycji IV.1.2 Wykazu osób nie spełnia żądań Zamawiającego określonych w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2.2. Zamawiający w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie był uprawniony do przyznania Przystępującemu maksymalnej liczby 2 punktów w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert - podkryterium nr 2 „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych". Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że podniesiony przez Odwołującego zarzut oznaczony punktem 1 lit. a odwołania zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 1 lit. b odwołania Izba za istotną okoliczność dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy uznała definicję liczby ludności określoną przez Zamawiającego w treści SWZ w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2.1 - Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy". Zamawiający wskazał, że przez „liczbę ludności" należy rozumieć stan zaludnienia w danym mieście według oficjalnych danych Głównego Urzędu Statystycznego (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczpospolitej Polskiej - według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, że brzmienie ustalonej przez Zamawiającego definicji „liczba ludności" (sformułowania użytego w opisie pozacenowego kryterium oceny ofert - podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy") należy rozumieć w taki sposób, że roboty budowlane wyspecyfikowane przez Zamawiającego w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2.1 - Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy" (odpowiednio budowa lub przebudowa drogi) musiały być zlokalizowane w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 200 tysięcy, przy czym minimalny próg ludności ustalony przez Zamawiającego na poziomie 200 tysięcy mieszkańców musiał zostać wykazany dla całego okresu wskazanego doświadczenia poprzez dane udostępniane przez Główny Urząd Statystyczny. Jak wynika ze złożonego wraz z odwołaniem pisma Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 22 grudnia 2021 r. (znak pisma: GUS-DK02.601.5105.2021.6), „(...) dane o liczbie ludności są opracowywane dwa razy do roku: według stanu na połowę (30.06) i koniec (31.12) każdego roku. Tym samym nie posiadamy danych o liczbie ludności wg okresów wskazanych w zamówieniu. Przekazuję w załączeniu dane o liczbie ludności w mieście Toruń w latach 2013-2021 wg stanu w dniu 30 czerwca i 31 grudnia". Izba na podstawie treści ww. pisma uznała, że skoro Główny Urząd Statystyczny opracowuje dane o liczbie ludności poszczególnych miast według stanu na dzień 30 czerwca oraz 31 grudnia każdego roku - co wynika z ww. pisma - to wszystkie dane GUS w zakresie liczby ludności w danym mieście udostępnione dla całego okresu doświadczenia wskazanego przez Przystępującego jako informacje przedstawione w celu uzyskania punktów w podkryterium określonym w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2.1 powinny być na minimalnym poziomie 200 tysięcy mieszkańców. Izba dla ustalenia tego faktu przyjęła wykładnię językową sformułowania „przypadający dla okresu doświadczenia" użytego przez Zamawiającego do zdefiniowania „liczby mieszkańców". Izba stwierdziła, że skoro żądany stan zaludnienia ma być na minimalnym poziomie 200 tysięcy mieszkańców i ma to być stan

przypadający dla okresu doświadczenia, to punktem odniesienia jest tu cały okres doświadczenia. Przystępujący powinien zatem dostępnymi środkami - danymi opracowywanymi przez GUS dwa razy w roku - wykazać, że wszystkie pomiary opracowywane przez GUS w okresie doświadczenia dowodzą spełnienia wymogu Zamawiającego, tzn. że każdy odrębny pomiar jest na minimalnym poziomie 200 tysięcy mieszkańców.

Izba uznała, ze Odwołujący słusznie podniósł, iż Przystępujący zmodyfikował informacje zawarte w pozycji II.1.1-3 załącznika nr 4 do rozdziału IV SWZ (informacje przedstawiane w celu uzyskania punktów w podkryterium określonym w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2.1) w taki sposób, że Przystępujący posłużył się średnią liczbą mieszkańców podaną według GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy zamiast zastosować sporządzony przez Zamawiającego wzór zgodny z definicją „liczby ludności". Taka modyfikacja zastosowana w każdej z trzech inwestycji powoduje, że podany zakres informacji jest niepełny i nie pozwala w sposób jednoznaczny stwierdzić, że dana osoba posiada doświadczenie o cechach wskazanych przez Zamawiającego w opisie kryterium pozacenowego. Powyższe prowadzi w konsekwencji do ziszczenia się zastrzeżenia wyrażonego przez Zamawiającego w punkcie 16.5 rozdziału I SWZ, w którym Zamawiający zastrzegł, że „(...) złożenie Wykazu osób zawierającego niepełny zakres informacji dotyczących osób wykazanych w celu uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie Kierowników", uniemożliwiający w sposób jednoznaczny potwierdzenie, że dana osoba posiada doświadczenie w ww. zakresie będzie skutkowało zaniechaniem przyznania dodatkowych punktów (.)".

W ocenie Izby przedstawienie wymaganych przez Zamawiającego danych w postaci średniej może prowadzić do ukrycia ewentualnego obniżenia poziomu liczby ludności poniżej poziomu wskazanego przez Zamawiającego jako minimalny. Taka sytuacja zmaterializowała się w przypadku inwestycji wskazanej przez Przystępującego w pozycji II.1.3) Wykazu osób: Rozbudowa układu torowo-drogowego w ul. Wały Generała Sikorskiego i al. Jana Pawła II wraz z budową pasa tramwajowo-autobusowego w Toruniu - BIT-CITY II. Przystępujący wskazał, że ww. inwestycja obejmowała przebudowę drogi klasy Z oraz G zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców: 200 741 (średnia liczba mieszkańców wg GUS z okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy). Jednocześnie jako okres doświadczenia w zakresie tej inwestycji Przystępujący wskazał: od 23 kwietnia 2019 r. do 31 stycznia 2021 r.

Jak wynika z załączonych do pisma GUS z dnia 22 grudnia 2021 r. danych o liczbie ludności w mieście Toruń w latach 2013-2021 wg stanu w dniu 30 czerwca i 31 grudnia, w okresie doświadczenia wskazanym przez Przystępującego dla ww. inwestycji (23 kwietnia 2019 r. - 31 stycznia 2021 r.) GUS przedstawił opracowane dane czterokrotnie:

30 czerwca 2019 r. - 201798

31 grudnia 2019 r. - 201447

30 czerwca 2020 r. - 201106

31 grudnia 2020 r. - 198613

Liczba ludności opracowana przez GUS wg stanu na dzień 31 grudnia 2020 r. spadła poniżej minimalnego poziomu wskazanego przez Zamawiającego - nie osiągnęła liczby 200 tysięcy mieszkańców.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Przystępujący w zakresie każdej spośród trzech inwestycji wykazanych w celu uzyskania punktów w kryterium pozacenowym - Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy" zmodyfikował sposób podania danych na temat liczby ludności w taki sposób, że uniemożliwiło to jednoznaczne potwierdzenie, że osoba wskazana jako Kierownik Budowy posiada doświadczenie w zakresie żądanym przez Zamawiającego, co w ocenie Izby powinno skutkować zaniechaniem przyznania Przystępującemu punktów przysługujących za wykazanie nabycia doświadczenia przy zrealizowaniu 3 i więcej robót budowlanych.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.