

WYROK

Warszawa, dnia 16 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko

Emil Kuriata

Rafał Malinowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska Sp. z o.o., A.J., 00-124 Warszawa i Lantania SA, Calle Sobrado 2, 28050 Madryt, Hiszpania

w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków i Fabe Polska Sp. z o.o., ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych nr 2.1. i 2.2. w odwołaniu, tj.
w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących długości torowiska tramwajowego wykazanego w ramach doświadczenia p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych) wykazanego w ramach kryterium oceny ofert (pkt. 16.2.2. SWZ Podkryterium 2 – „Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd)”) („Podkryterium nr 2”) nabytego przy realizacji inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1 – pkt IV ppkt 1.1) Wykazu osób co do doświadczenia związanego z nadzorowaniem robót budowlanych dotyczących przebudowy torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej (Podkryterium 2), podczas gdy z uwagi na rozbieżne i sprzeczne ze sobą informacje dotyczące długości torowiska tramwajowego, które Zamawiający uzyskał w trakcie postępowania odwoławczego w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3074/23, KIO 3082/23 Zamawiający zobowiązany był jednoznacznie wyjaśnić i usunąć wątpliwości dotyczące ww. doświadczenia w trakcie ponownego badania i oceny ofert oraz przyznania punktacji w ramach Podkryterium nr 2;

- naruszenia art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez uznanie, że doświadczenie p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych) nabyte przy pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych dotyczących inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1 – pkt IV ppkt 1.1) nie spełnia wymagań określonych w opisie Podkryterium nr 2 co do minimalnej wymaganej długości torowiska wraz z rozjazdem tramwajowym w konstrukcji bezpodsypkowej (co najmniej 1000 mtp), a w konsekwencji zaniechanie przyznania 1 pkt w ramach oceny oferty w Podkryterium nr 2 z tytułu ww. doświadczenia, podczas gdy Zamawiający oparł swoją decyzję na błędnej informacji uzyskanych od inwestora

(Tramwaje Śląskie S.A.) (pismo z 9 listopada 2023 r.) jakoby długość torowiska wynosiła 999,25 mtp ustalonej na podstawie wadliwej dokumentacji geodezyjnej/ powykonawczej, podczas gdy rzeczywista długość torowiska wraz z rozjazdem tramwajowym

w konstrukcji bezpodsytkowej przekracza 1000 mtp i spełnia wymagania opisane

w Podkryterium nr 2, a tym samym Odwołujący powinien był otrzymać 1 pkt za wyżej wymienione doświadczenie p. M.R., a zatem łącznie 2 pkt. w ramach oceny oferty w Podkryterium nr 2, co ostatecznie skutkowałoby przyznaniem 97,25 pkt w ramach oceny ofert, zamiast przyznanych 96,25 pkt.

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska Sp. z o.o., A.J., 00-124 Warszawa

i Lantania SA, Calle Sobrado 2, 28050 Madryt, Hiszpania i:

3.1.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: Balzola Polska Sp. z o.o., A.J., 00-124 Warszawa i Lantania SA, Calle Sobrado 2, 28050 Madryt, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska Sp. z o.o., A.J., 00-124 Warszawa i Lantania SA, Calle Sobrado 2, 28050 Madryt, Hiszpania tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o.,

ul. Siedmiogrodzka 20,01-232 Warszawa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska Sp. z o.o., A.J., 00-124 Warszawa i Lantania SA, Calle Sobrado 2, 28050 Madryt, Hiszpania na rzecz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20,01-232 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

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

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3869/23

Uzasadnienie

Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinku od Dworca Zachodniego do węzła z ul. Grójecką”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 055-163751.

W dniu 22 grudnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska Sp. z o.o. i Lantania SA wniosli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących czynności badania

i oceny oferty złożonej przez Odwołującego oraz oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A. i FABE Polska sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum ZUE”), w tym w szczególności ocenę oferty Odwołującego w pozacenowych kryteriach oceny ofert (Podkryterium 2) oraz ewentualnie zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt. 1 oraz ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących długości torowiska tramwajowego wykazanego w ramach doświadczenia p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych) wykazanego w ramach kryterium oceny ofert (pkt. 16.2.2. SWZ Podkryterium 2 – „Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd)”)

(„Podkryterium nr 2”) nabytego przy realizacji inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1 – pkt IV ppkt 1.1) Wykazu osób co do doświadczenia związanego z nadzorowaniem robót budowlanych dotyczących przebudowy torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym,

o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej (Podkryterium 2), podczas gdy z uwagi na rozbieżne i sprzeczne ze sobą informacje dotyczące długości torowiska tramwajowego, które Zamawiający uzyskał w trakcie postępowania odwoławczego w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3074/23, KIO 3082/23 Zamawiający zobowiązany był jednoznacznie wyjaśnić i usunąć wątpliwości dotyczące ww. doświadczenia w trakcie ponownego badania i oceny ofert oraz przyznania punktacji w ramach Podkryterium nr 2;

2.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp

w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez uznanie, że doświadczenia p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych) nabytego przy pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych dotyczących inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1 – pkt IV ppkt 1.1) nie spełnia wymagań określonych w opisie Podkryterium nr 2 co do minimalnej wymaganej długości torowiska wraz z rozjazdem tramwajowym w konstrukcji bezpodsypkowej (co najmniej 1000 mtp),

a w konsekwencji zaniechanie przyznania 1 pkt w ramach oceny oferty w Podkryterium nr 2

z tytułu ww. doświadczenia, podczas gdy Zamawiający oparł swoją decyzję na błędnej informacji uzyskanych od inwestora (Tramwaje Śląskie S.A) (pismo z 9 listopada 2023 r.) jakoby długość torowiska wynosiła 999,25 mtp ustalonej na podstawie wadliwej dokumentacji geodezyjnej/ powykonawczej, podczas gdy rzeczywista długość torowiska wraz z rozjazdem tramwajowym w konstrukcji bezpodsypkowej przekracza 1000 mtp i spełnia wymagania opisane w Podkryterium nr 2, a tym samym Odwołujący powinien był otrzymać 1 pkt za wyżej wymienione doświadczenie p. M.R., a zatem łącznie 2 pkt. w ramach oceny oferty w Podkryterium nr 2, co ostatecznie skutkowałoby przyznaniem 97,25 pkt w ramach oceny ofert, zamiast przyznanych 96,25 pkt.

ewentualnie

3.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp

w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia doświadczenia zawodowego p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych) dotyczącego zadania: pn. Modernizacja linii kolejowej Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 - odcinek Łódź Widzew Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowę części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych połączonego

z przebudową układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna – budowę zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową (wykazane przez Odwołującego w Wykazie osób) w ramach oceny oferty Odwołującego w Podkryterium nr 2,

a wskutek tego zaniechanie przyznania ofercie 1 pkt z tytułu ww. doświadczenia w ramach oceny oferty w Podkryterium nr 2, a zatem łącznie 2 pkt. w ww. podkryterium, co ostatecznie skutkowałoby przyznaniem 97,25 pkt w ramach oceny ofert, zamiast przyznanych 96,25 pkt. oraz zaniechania uwzględnienia doświadczenia p. M.R. dot. realizacji inwestycji pn. Łódzki Tramwaj Metropolitalny: etap Pabianice - Ksawerów realizowanej dla Miasta Pabianice i Gminy Ksawerów (Wykaz osób przekazany Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 24 listopada 2023 r.) wykazanego celem spełnienia warunku udziału opisanego w pkt. 5.1.2.2 ppk 4 SWZ (kierownik robót drogowych), podczas gdy Odwołujący w Wykazie osób wskazał trzy (3) doświadczenia p. M.R. spełniające wymagania określone

w Podkryterium nr 2, a zatem w przypadku uznania przez Zamawiającego, że jedno z nich, tj. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” nie spełnia wymagań opisanych

w Podkryterium nr 2, Zamawiający winien był uwzględnić w ponownej ocenie ofert

w Podkryterium nr 2 pozostałe dwa doświadczenia wskazane w Wykazie osób przyznając Odwołującemu łącznie 2 pkt.

w Podkryterium nr 2, a w celu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.1.2.2. ppkt 4) SWZ (kierownik robót drogowych) winien był uwzględnić doświadczenie p. M.R. uzupełnione przez Odwołującego z własnej inicjatywy (Wykaz osób przekazany Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 24 listopada 2023 r.);

ewentualnie

4.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w przypadku uznania, że Odwołujący nie mógł samodzielnie uzupełnić Wykazu osób, który został przekazany Zamawiającemu wraz z pismem z

dnia 24 listopada 2023 r. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego

w postaci Wykazu osób w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.1.2.2 ppkt 4 SWZ (kierownik robót drogowych) w zakresie dotyczącym doświadczenia zawodowego p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych), podczas gdy Zamawiający powinien ocenić na potrzeby spełniania kryterium oceny ofert z pkt 16.2.2 Podkryterium 2 rozdziału I SWZ pozostałe doświadczenie zawodowe p. M.R. opisane w Wykazie osób, a w zakresie wykorzystanego na potrzeby tego kryterium doświadczenia wezwać Odwołującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego poprzez wskazanie dodatkowego doświadczenia Pana M.R. na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ;

a w konsekwencji

5.art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum ZUE (która uzyskała 97 pkt. w ramach kryteriów oceny ofert) jako najkorzystniejszej

w postępowaniu, podczas gdy to oferta Odwołującego uzyskując 97,25 pkt (zamiast przyznanych 96,25 pkt) powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o:

- 1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- 2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
- 3.przeprowadzanie dowodu z akt postępowania o sygn. akt KIO 3082/23 (sprawy połączone KIO 3074/23, KIO 3082/23) w tym w szczególności stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego prezentowanych na okoliczność wykazania długości torowiska tramwajowego dla inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1;
- 4.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 12 grudnia 2023 r. dotyczących badania i oceny ofert w tym czynności polegającej na przyznaniu Odwołującemu 1 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” (DK) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKrd), podczas gdy Odwołujący powinien otrzymać w tym podkryterium 2 pkt, w ramach kryterium oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ZUE;
- 5.nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym:
 - a) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem właściwej punktacji należnej Odwołującemu w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” (DK) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKrd) tj, z uwzględnieniem doświadczenia p. M.R. zdobytego podczas realizacji zadania pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)”, a w konsekwencji nakazanie przyznania Odwołującemu 2 pkt w ramach Podkryterium nr 2 (oraz łącznie 97,25 pkt zamiast 96,25 pkt) z uwzględnieniem opinii geodety potwierdzającej, że rzeczywista długość torowiska tramwajowego wraz z rozjazdem tramwajowym w konstrukcji bezpodsypkowej dla ww. robót wynosi ponad 1000 mtp.;

ewentualnie

- b) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem właściwej punktacji należnej Odwołującemu w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” (DK) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKrd) tj, z uwzględnieniem doświadczenia p. M.R. zdobytego podczas realizacji inwestycji wykazanych w Wykazie osób tj.:

(1) inwestycji pn. Modernizacja linii kolejowej Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 – odcinek Łódź Widzew Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowę części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych połączonego z przebudową układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna – budowę zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową;

(2) inwestycji pn. Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. Dąbrowskiego na odcinku od al. Rydza-Śmigłego do ul. Rzgowskiej – etap 2,

a w konsekwencji nakazanie przyznania Odwołującemu po 1 pkt. za każdą z wyżej wymienionych inwestycji, a tym samym łącznie 2 pkt. w ramach Podkryterium nr 2 (oraz łącznie 97,25 pkt zamiast 96,25 pkt),

z uwzględnieniem doświadczenia p. M.R. dot. realizacji inwestycji pn. Łódzki Tramwaj Metropolitalny: etap Pabianice - Ksawerów realizowanej dla Miasta Pabianice i Gminy Ksawerów (Wykaz osób przekazany Zamawiającemu przy piśmie z 24 listopada 2023 r.) wykazanego celem spełnienia warunku udziału opisanego w pkt. 15.2.2 ppkt 4 SWZ (kierownik robót drogowych),

ewentualnie

po wcześniejszym wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu osób w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału

w postępowaniu opisanych w pkt. 5.1.2.2 ppkt 4 SWZ (kierownik robót drogowych) w zakresie dotyczącym doświadczenia zawodowego p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych);

6.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania Odwołujący podał, że w wyniku pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 6 października 2023 r. oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą - Odwołujący uzyskał 97,25 pkt w ramach kryterium oceny ofert względem oferty Konsorcjum ZUE, której przyznano 97 pkt. Od decyzji Zamawiającego odwołanie wniosło Konsorcjum ZUE (KIO 3082/23) kwestionując m.in. przyznanie Odwołującemu 1 pkt w Podkryterium nr 2 w związku z doświadczeniem p. M.R. zdobytym podczas realizacji zadania pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” („Zadania Śląsk”) – Konsorcjum ZUE twierdziło, p. M.R. nie posiada doświadczenia w kierowaniu robotami, w ramach których wykonano torowisko tramwajowe o konstrukcji bezpodsykowej o min. długości 1000 mtp (metrów toru pojedynczego) – w ocenie Konsorcjum ZUE rzeczywista długość torowiska miała wynosić 997,44 mtp. Wyrokiem KIO z 21 listopada 2023 r. (KIO 3074, KIO 3082) uwzględniła jeden

z zarzutów odwołania Konsorcjum ZUE i nakazała Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał ponownego badania ofert na podstawie błędnych i niekompletnych informacji dotyczących długości torowiska tramwajowego dla Zadania Śląsk oraz zignorował okoliczność, że w Wykazie osób przedstawiono doświadczenie p. M.R. dotyczące trzech inwestycji (na dwie punktowane), które mogą podlegać ocenie w ramach Podkryterium nr 2, a w konsekwencji bezzasadnie przyznał Odwołującemu wyłącznie 1 pkt. w Podkryterium nr 2, zamiast 2 punktów, a w konsekwencji Odwołujący uzyskał 96,25 pkt zamiast 97,25 pkt w łącznej ocenie oferty (wobec 97 pkt. przyznanych ofercie Konsorcjum ZUE). Oferta Odwołującego została tym samym sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu. Oznacza to, jak zauważył Odwołujący, że uchybienia Zamawiającego dotyczące oceny oferty Odwołującego poprzez niezasadne obniżenie punktacji w ramach kryterium oceny ofert z pkt 16.2.2 Podkryterium 2 rozdziału I SWZ spowodowały, że oferta Konsorcjum ZUE niezasadnie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do wyroku KIO z 21 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3074/23, KIO 3082/23 Odwołujący podniósł, że choć Izba uwzględniła zarzut i nakazała ponowną ocenę ofert, to stwierdziła, że powodem uwzględnienia zarzutu nie były okoliczności wykazane przez Konsorcjum ZUE, a jednocześnie doszło do nieuprawnionego rozszerzenia zarzutów odwołania. Odwołujący zauważył również, że z pisma Tramwajów Śląskich S.A. z dnia 26 października 2023 r., przedstawionego przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie wynikało, że długość torowiska tramwajowego to 1001,56 mtp. O uwzględnieniu zarzutu odwołania przesądziła jednak kolejna informacja przekazana Zamawiającemu przez inwestora Zadania Śląsk – Tramwaje Śląskie S.A., z której wynikało, że na podstawie dokumentacji powykonawczej długość torowiska to 999,50 mtp, a różnica pomiędzy pomiarem 1001,56 mtp a 999,50 mtp wynika z zaokrągleń wartości stanowiących podstawę rozliczenia robót. Odwołujący zwrócił uwagę, że Izba nie rozstrzygnęła kwestii rzeczywistej długości torowiska

w ramach doświadczenia p. M.R. ani nie przesądziła liczby punktów, która powinna zostać przyznana Odwołującemu za to zadanie, a jedynie wskazała, że dowody wniesione w trakcie postępowania odwoławczego podają w wątpliwość pierwotnie podane wartości w Wykazie osób Odwołującego. Odwołujący wskazał, że to Zamawiający został zobowiązany do dokonania ponownego badania i oceny oferta oraz ustalenia spełniania przez referowane doświadczenie wymogów z pkt 16.2.2 Podkryterium 2 rozdziału I SWZ.

Uzasadniając zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących długości torowiska dla Zadania Śląsk (zarzut 2.1 petitum odwołania) Odwołujący wskazał jak następuje.

Z przebiegu postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3074/23, KIO 3082/23 wynika, że w postępowaniu

przedstawiono różne i sprzeczne ze sobą dowody na okoliczność wykazania długości torowiska dla Zadania Śląsk:

a) operat geodezyjny wykonany przez Konsorcjum ZUE z którego wynikało, że rzekoma długość torowiska to 997,44 mtp (załącznik do odwołania Konsorcjum ZUE z 16 października 2023 r. - Sprawozdanie z pomiarów geodezyjnych dotyczących zakresu torowiska tramwajowego w konstrukcji bezpodsytkowej z dnia 16 października 2023 r. (w aktach postępowania KIO 3082/23);

b) referencja inwestora Tramwajów Śląskich S.A. z 2 września 2022 r.: z którego wynikało, że długość torowiska to 1000,33 mtp (pkt 3-5 i 7 Poświadczenia realizacji zadania z dnia 2 września 2022 r. wystawiony przez Tramwaje Śląskie sp. z o.o., znak DI/JRP-B/0961/22 (w aktach postępowania KIO 3082/23);

c) pismo inwestora Tramwajów Śląskich S.A. oraz wykonawcy z 26 października 2023 r., z którego wynikało, że długość torowiska to 1001,56 mtp - wartość wynikająca z notatki ze spotkania z dnia 26 października 2023 r., pisma spółki SPAW-TOR sp. z o.o. sp. k. z dnia 26 października 2023 r. (załączniki do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie Konsorcjum ZUE – pismo z 31 października 2023 r.) (w aktach postępowania KIO 3082/23);

d) Protokół Odbioru Robót Budowlanych - rozliczenie końcowe podpisane przez osoby reprezentujące zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2022 r., z którego wynikało, że długość torowiska to 1001,56 mtp (poz. 479, 480, 491 i 504 Protokołu) (w aktach postępowania KIO 3082/23);

e) pismo inwestora Tramwajów Śląskich S.A. oraz wykonawcy z 9 listopada 2023 r., z którego wynikało, że długość torowiska to 999,50 mtp (załączniki do pisma procesowego Zamawiającego z 13 listopada 2023 r. w sprawie KIO 3082/23);

Odwolujący podał, że z uwagi na liczne rozbieżności w określeniu długości torowiska, w tym rozbieżności wynikające z dokumentów przekazanych przez samego inwestora Tramwaje Śląskie S.A., Odwołujący zdecydował się poprzeć pierwotnie zawarty w odwołaniu Konsorcjum ZUE wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego geodety celem dokonania pomiarów rzeczywistej długości torowiska. Wniosek ostatecznie został jednak przez Izbę oddalony. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w piśmie z 24 listopada 2023 r. zwrócił uwagę na rozbieżności co do pomiarów torowiska.

Odwolujący stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza na potrzeby rozstrzygnięcia sporu nie zajęła stanowiska co do faktycznej długości torowiska i nie przesądziła tego, czy w ramach Zadania Śląsk wybudowano torowisko o długości nieprzekraczającej 1000 mtp, ale nakazała ponowne badanie i ocenę ofert oraz pozostawiła Zamawiającemu ocenę, czy Zadanie Śląsk spełnia wymagania określone w SWZ.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z pkt. 16.4 SWZ dotyczącym oceny doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert Zamawiający zastrzegł, że: (...) nie przewiduje możliwości samodzielnego pozyskania niezbędnych informacji na podstawie posiadanych dokumentów, przy czym może weryfikować przedstawione informacje. W ocenie Odwołującego, z uwagi na istotne rozbieżności co do długości torowiska tramwajowego wynikające z poszczególnych oświadczeń inwestora – Tramwajów Śląskich S.A. oraz nieznaczną różnicę (50 cm) pomiędzy długością oczekiwaną przez Zamawiającego (1000m), a długością wynikającą z ostatniego pisma Tramwajów Śląskich S.A. (999,50 m), w ocenie Odwołującego konieczna była weryfikacja faktycznej długości torowiska – różnica 50 cm mogła bowiem wynikać chociażby z niedokładności dokonanych pomiarów lub błędów urządzeń pomiarowych, którymi został dokonany pomiar.

Z powyższych względów, zdaniem Odwołującego, konieczne jest wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a Odwołujący zadeklarował gotowość do przedstawienia dodatkowych informacji dotyczących rzeczywistej długości torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej, które pozwolą Zamawiającemu na kompleksową ocenę doświadczenia p. M.R. dotyczącego Zadania Śląsk. Odwołujący zaznaczył również, że oczekuje na zgodę Tramwajów Śląskich S.A. na dokonanie pomiarów torowiska w terenie. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia ww. wyjaśnień, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że dysponował dokumentami pochodzącymi bezpośrednio od inwestora – Tramwajów Śląskich S.A., które potwierdzały, że długość torowiska przekracza 1000 mtp, a zatem pozostawał w uzasadnionym przeświadczeniu, że przekazane w Wykazie osób informacje są prawidłowe oraz obiektywne, czego potwierdzeniem był zarówno referencja wystawiona przez Tramwaje Śląskie S.A. z 2 września 2022 r. czy Protokół Odbioru Robót Budowlanych - rozliczenie końcowe.

Odwolujący podał, że w wyroku z dnia 21 listopada 2023 r. (KIO 3074/23, KIO 3082/23) pomimo uwzględnienia

zarzutu odwołania Konsorcjum ZUE, Izba w uzasadnieniu wyroku nie wskazała jednak, która jej zdaniem długość odpowiada rzeczywistej długości wybudowanego torowiska, a jedynie wskazała, że „(...) nie sposób pominąć dowodów przedstawionych przez Zamawiającego, gdyż ich ocena może niewątpliwie wpłynąć na wynik postępowania. Izba podkreśla, że pojawienie się tych dowodów, w szczególności pisma inwestora z 9 listopada 2023 r. przesądziło o uwzględnieniu odwołania.”. Odwołujący wywiódł, że Izba w żaden sposób nie rozstrzygnęła, która z podanych długości jest prawidłowa, a jedynie wskazała, że jeden

z dowodów podał skutecznie w wątpliwość wpisana do Wykazu osób długość torowiska w ramach Zadania Śląsk. W dalszej kolejności Izba zaznaczyła jednak, że czynność badania i oceny ofert, a także czynności będące jej konsekwencją należą do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania. Nie jest rolą Izby wyręczać zamawiającego w tych czynnościach - Izba jedynie weryfikuje prawidłowość czynności zamawiającego i to tylko w granicy zarzutu odwołania. Tym bardziej, zdaniem Odwołującego, Zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących długości torowiska tramwajowego.

Zdaniem Odwołującego, zasadność zarzutu potwierdza również to, że Odwołujący uzyskał zgodę Tramwajów Śląskich na przeprowadzenie pomiarów geodezyjnych i pomiary przeprowadzone przez firmę geodezyjną wykazały, że rzeczywista długość torowiska w konstrukcji bezpodsypkowej to 1006,18 mtp, a więc wartość przekraczająca wymagane przez Zamawiającego 1000 mtp.

Uzasadniając zarzut z pkt 2.2. petitum odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez nieprzyznanie punktów w kryterium oceny ofert z pkt 16.2.2 SWZ Odwołujący argumentował jak następuje.

Jak wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający oceniając doświadczenie p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych) nabytego przy pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych dotyczących inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1 wskazanej w Wykazie osób uznał, że ww. doświadczenie nie spełnia kryteriów opisanych

w pkt. 16.2.2. pkt. 4 SWZ co do wymaganej długości torowiska, a w konsekwencji nie przyznał Odwołującemu 1 punktu za ww. doświadczenie w Podkryterium nr 2. Jak stwierdził Odwołujący, zaniechanie Zamawiającego zaważyło na końcowej ocenie oferty Odwołującego, która uzyskała łącznie 96,25 pkt w ramach oceny ofert zamiast 97,25 pkt, względem oferty Konsorcjum ZUE, której przyznano 97 pkt.

Odwołujący wskazał, że z informacji o wyborze wynika również, że Zamawiający oparł swoją decyzję na błędnej informacji uzyskanej od inwestora Tramwaje Śląskie S.A. (pismo z 9 listopada 2023 r.), jakoby długość torowiska wynosiła 999,25 mtp. W ocenie Odwołującego, informacja zawarta w piśmie Tramwaje Śląskie S.A. z 9 listopada 2023 r. budzi jednak wątpliwości. Odwołujący zauważył, że z pisma wynika, że Tramwaje Śląskie nie zweryfikowały rzeczywistej długości torowiska w terenie. Informacja o tym, że długość torowiska w technologii bezpodsypkowej wynosi 999,50 mtp wynikała z informacji przekazanych przez członka konsorcjum - wykonawcy tego zadania (Spec-Bruk) przekazanych w piśmie z dnia 9 listopada 2023 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca inwestycji (członek konsorcjum – spółka SPAW-TOR) nie dokonała pomiarów geodezyjnych dla inwestycji po zakończeniu realizacji prac dla całego zadania (w tym dla odcinka torów tramwajowych w konstrukcji bezpodsypkowej), ale dokonała wyłącznie korekty wartości długości torowiska w oparciu o operaty geodezyjne prowadzone w trakcie realizacji inwestycji. Korekta polegała na zliczeniu długości torowiska wyłącznie wg pomiaru w metrach, z pominięciem zaokrągleń, które były stosowane w trakcie rozliczenia prac dla wartości liczonych w kilometrach.

Korekta została przedstawiona na szkicach geodezyjnych dla poszczególnych odcinków torowiska, które miały stanowić dokumentację powykonawczą inwestycji. Odwołujący podkreślił, że z ww. dokumentów wynika jednak, że wykonawca inwestycji nie dokonał pomiarów geodezyjnych po wykonaniu inwestycji, a dokumentacja powykonawcza – szkice geodezyjne były wykonywane na bieżąco podczas wykonywania robót, co mogło skutkować

i zdaniem Odwołującego skutkowało błędnym ustaleniem długości torowiska. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Szkice geodezyjne dla poszczególnych odcinków noszą różne daty

w przedziale od lipca 2020 (07.2020) do grudnia 2021 (12.2021). Odwołujący stwierdził, że wykonanie pomiarów geodezyjnych w różnych okresach, według postępu prac mogło skutkować błędami pomiarowymi. Co więcej, jak zauważył Odwołujący, nie jest jasne czy pomiary geodezyjne zostały wykonane certyfikowanymi urządzeniami pomiarowymi oraz jaka była dokładność tych urządzeń, przy czym wszystkie te okoliczności miały wpływ na

wiarygodność wykonanych pomiarów. Tym bardziej, zdaniem Odwołującego, uzasadnione było wykonanie pomiarów w terenie, po zakończeniu inwestycji.

Odwołujący podał, że w celu ustalenia rzeczywistej długości torowiska o konstrukcji bezpodsypkowej Odwołujący zabiegał o możliwość wykonania pomiarów geodezyjnych w terenie do czego potrzebna była zgoda inwestora – spółki Tramwaje Śląskie S.A. Odwołujący poinformował o tym fakcie Zamawiającego w piśmie z 24 listopada 2023 r. Pismem z dnia 8 grudnia 2023 r. Tramwaje Śląskie S.A. wyraziły zgodę na wykonanie pomiarów w dniu 18 grudnia 2023 r. Ostatecznie pomiary wykonano w dniu 19 grudnia 2023 r. Podmiotem przeprowadzającym pomiary była firma geodezyjna Geotras sp. z o.o., która dokonała pomiarów w obecności pracowników członka konsorcjum Odwołującego (Balzola Sp. z o.o.) oraz przy obecności przedstawiciela członka Konsorcjum ZUE (ZUE S.A.). Pomiar geodezyjny wykazał, że całkowita długość torowiska tramwajowego wraz z rozjazdem tramwajowym w konstrukcji bezpodsypkowej to 1003,18 mtp, a więc wartość przewyższająca minimalne wymagania Zamawiającego (1000 mtp). Na potrzeby wykonania operatu geodezyjnego wykonano pomiar bezpośredni w terenie tachimetrem elektronicznym firmy Leica model 1205 - wykorzystany sprzęt pomiarowy, technologia pomiaru oraz sposób opracowania danych pozwoliły na otrzymanie dokładności otrzymanych danych rzędu 1-2 mm, więc 1 rząd wielkości większy niż rząd dokładności wyników przedstawionych w dokumentacji powykonawczej (w cm).

Jak wskazał Odwołujący, w wyniku tak przeprowadzonych pomiarów geodezyjnych ustalono, że długość wykonanego w ramach Zadania Śląsk torowiska tramwajowego w konstrukcji bezpodsypkowej wynosi 1003,18 m. Otrzymany wynik został opracowany z dokładnością do centymetrów, a błąd pomiarowy może być jedynie minimalny. Dodatkowo, geodeta dokonał porównania danych wynikających z pomiarów geodezyjnych wykonanych 19 grudnia 2023 r. z danymi wynikającymi z korygowanej dokumentacji powykonawczej (załącznik do pisma Tramwajów Śląskich S.A. z 9 grudnia 2023 r. – załącznik do pisma Zamawiającego z 13 listopada 2023 r. - w aktach sprawy KIO 3082/23). Dokonane pomiary potwierdzają, jak stwierdził Odwołujący, że doświadczenie p. M.R. dotyczące Zadania Śląsk powinno być uwzględnione przez Zamawiającego w ocenie ofert w Podkryterium nr 2, ponieważ długość torowiska w konstrukcji bezpodsypkowej przekracza 1000 mtp. Tym samym, Odwołujący powinien być otrzymać 1 pkt za wyżej wymienione doświadczenie p. M.R., a zatem łącznie 2 pkt. w ramach oceny oferty w Podkryterium nr 2, co ostatecznie skutkowałoby przyznaniem 97,25 pkt w ramach oceny ofert, zamiast przyznanych 96,25 pkt.

Odwołujący zauważył, że już w piśmie z 24 listopada 2023 r. informował o zamiarze wykonania takich pomiarów. Poinformował, że sam proces uzyskania zgody inwestora Tramwajów Śląskich S.A. był długotrwały, ale tylko wykonanie pomiarów geodezyjnych w terenie już po zakończeniu realizacji, z zastosowaniem dokładnych urządzeń pomiarowych może być uznane za wiarygodne źródło informacji o rzeczywistej długości torowiska.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający rezygnując z wezwania Odwołującego do wyjaśnień celem potwierdzenia rzeczywistej długości wybudowanego torowiska, naruszył nałożony przez Krajową Izbę Odwoławczą obowiązek dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający opierając się wyłącznie na informacji przekazanej przez spółkę SPAW-TOR doprowadził również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2023 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum powinna zostać unieważniona, Zamawiający ponownie powinien przeprowadzić procedurę badania i oceny ofert, a na jej podstawie ponownie przyznać Odwołującemu 1 pkt za doświadczenie w postaci Zadania Śląsk oraz ponownie wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzut z pkt. 2.3. i pkt. 2.4 *petitum* odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia doświadczenia zawodowego p. M.R. wykazanego w wykazie osób Odwołujący wskazał jak następuje.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zwrócił uwagę na to, że na podstawie Wykazu osób załączonych do oferty Odwołującego Zamawiający winien był również przyznać ofercie Odwołującego 2 pkt. w Podkryterium nr 2.

Jak wskazał Odwołujący, w punkcie 16.3 SWZ Zamawiający zaznaczył, że: „Ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie Kierowników” zostanie dokonana na podstawie złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą Załącznika

nr 2 do rozdziału IV – Wykaz osób.

W przypadku, gdy Wykonawca nie załączył do oferty wyżej wymienionego Załącznika nr 2, w kryterium „Doświadczenie Kierowników” otrzyma 0 pkt.”.

W Wykazie osób Odwołujący wskazał na trzy (3) doświadczenia p. M.R. (kierownik robót drogowych):

1) doświadczenie p. M.R. nabyte podczas realizacji prac w ramach inwestycji pn. Modernizacja linii kolejowej Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 - odcinek Łódź Widzew Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowę części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych połączonego z przebudową układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna – budowę zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową, realizowanych dla KONSORCJUM TORPOL-ASTALC PBDiM-INTERCOR, Pl. Sałacińskiego 1, 90-128 ŁÓDŹ,

w ramach której p. M.R. pełnił funkcję kierownika robót branży torowej w okresie od 20.08.2013 do 30.09.2016, a inwestycja obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego o długości ponad 1 000 mtp w konstrukcji bezpodsyphkowej wraz z co najmniej 1 rozjazdem tramwajowym; inwestycja zlokalizowana w granicach administracyjnych miasta; roboty zrealizowane w okresie od 18.08.2011 do 09.12.2016 („Zadanie Łódź nr 1”);

2) doświadczenie p. M.R. nabyte podczas realizacji prac w ramach inwestycji pn. Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru) – (zadanie nr 5.1) realizowanej dla spółki Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów pełniona funkcja: kierownika budowy w okresie od 18.03.2020 do 06.06.2022 inwestycja obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego o długości ponad 1 000 mtp w konstrukcji bezpodsyphkowej wraz z co najmniej 1 rozjazdem tramwajowym; inwestycja zlokalizowana w granicach administracyjnych miasta; roboty zrealizowane* w okresie od 18.03.2020 do 06.06.2022 r. („Zadanie Śląsk”);

3) doświadczenie p. M.R. nabyte podczas realizacji prac w ramach inwestycji pn. Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. Dąbrowskiego na odcinku od al. Rydza-Śmigłego do ul. Rzgowskiej – etap 2 realizowanej dla Zarządu Inwestycji Miejskich, ul. Piotrowska 175, 90-447 Łódź, w ramach której p. M.R. pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót branży drogowo-torowych, w okresie od 18.07.2018 do 30.11.2019; inwestycja obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego o długości ponad 1 000 mtp w konstrukcji bezpodsyphkowej wraz z co najmniej 1 rozjazdem tramwajowym; inwestycja zlokalizowana w granicach administracyjnych miasta; roboty zrealizowane w okresie od 30.11.2017 do 30.11.2019 („Zadanie Łódź nr 2”)

- każde z powyższych zadań spełnia wymagania określone w pkt. 16.2.2 ppkt 4) SWZ co do doświadczenia ocenianego w Podkryterium nr 2.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z pkt 16.2.2 SWZ w ramach oceny ofert

w Podkryterium 2 – Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd) wykonawcy mogli otrzymać maksymalnie 2 punkty (1 pkt. za 1 inwestycję), tym samym nawet w przypadku nieuwzględnienia w ocenie doświadczenia dotyczącego Zadania Śląsk Zamawiający miał przecież wiedzę, że w Wykazie osób wskazano 2 doświadczenia (Zadanie Łódź 1 i Zadanie Łódź 2), które powinny podlegać punktacji (po 1 pkt. za każde zadanie), a w konsekwencji Odwołujący powinien uzyskać 2 punkty w Podkryterium nr 2.

Odwołujący zauważył, że doświadczenie Łódź 1 zgodnie z opisem tabeli Wykaz osób dla p. M.R. zostało przypisane do warunku udziału w postępowaniu (pkt. 5.1.2.2 ppkt 4) SWZ), niemniej jednak Zamawiający zastosował w postępowaniu procedurę odwróconą, a więc w pierwszej kolejności badał i oceniał oferty, a następnie wzywał do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, dla możliwości dokonania oceny inwestycji Łódź 1 i Łódź 2

w ramach Podkryterium nr 2 nie ma znaczenia to, że w Wykazie osób doświadczenie Łódź 1 wykonawca opisał w tabeli Wykazu osób dotyczącej spełniania warunku udziału. Takie działanie wynikało z tego, że Zamawiający zastosował jeden wzór załącznika (Wykazu osób) zarówno do oceny ofert w Podkryterium nr 2, jak i dla badania spełniania warunków udziału

w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, kluczowe jest jednak to, że Wykaz osób oraz doświadczenia p. M.R. dotyczące Zadania Łódź 1 i Zadania Łódź nr 2 zostały przekazane Zamawiającemu wraz z ofertą. Odwołujący stwierdził, że w takim przypadku nie dochodzi do zmiany oferty, a takie postępowanie byłoby zgodne zarówno z przepisami ustawy Pzp, jak i z warunkami określonymi w SWZ. Odwołujący wskazał, że z punktu widzenia zasad oceny ofert opisanych w SWZ (pkt 16.3 – 16.7 rozdziału I SWZ) Zamawiający wymagał, aby doświadczenie wykazane w Wykazie osób na potrzeby kryteriów oceny ofert było niezmiennie, tj. nie jest możliwe uzupełnienie Wykazu osób o nowe doświadczenie danej osoby, które nie zostało wskazane w Wykazie osób - nie było znane zamawiającemu w momencie zapoznania się

z ofertą i Wykazem osób oraz nie jest możliwe dokonanie zmiany osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót oraz wprowadzenie zupełnie nowego doświadczenia takiej nowej osoby, które będzie podlegać ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

Odwołujący stwierdził, że z punktu widzenia opisanych w SWZ zasad oceny kluczowe jest to, że:

a) Odwołujący przedstawił ww. zadania w ramach Wykazu osób już wraz z ofertą i od momentu złożenia oferty Zadanie Łódź nr 1 i Zadanie Łódź nr 2 są Zamawiającemu znane;

b) Odwołujący nie dokonałby zmiany zadań Pana M.R., które podlegałyby ocenie w ramach kryterium oceny ofert, tj. nie wprowadziłby do Wykazu osób nowych zadań podlegających ocenie, które nie byłyby wskazane w Wykazie osób załączonym do oferty w ramach oceny Podkryterium nr 2;

c) Wykonawca nie dokonałby zmiany osoby oraz nie wprowadziłby nowego doświadczenia takiej nowej osoby, które to doświadczenia podlega ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

W opinii Odwołującego, wykorzystanie Zadania Łódź nr 1 na potrzeby spełniania kryterium oceny ofert nie naruszyłyby zasady niezmienności doświadczenia.

Odwołujący podniósł, że zasada niezmienności doświadczenia nie dotyczy doświadczeń powoływanych na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie wprowadził w SWZ zakazu zmiany takiego doświadczenia, a nawet jeśli taki zakaz zostałby wprowadzony, to byłby on niezgodny z przepisami ustawy Pzp (art. 128 ust. 1). Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym na wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 1806/23, wyrok z dnia 20 września 2021 r., sygn. akt KIO 2263/21, oraz wyrok z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 292/22.

Odwołujący stwierdził, że uzupełnienie Wykazu osób w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu jest w pełni akceptowalne zarówno z perspektywy regulacji normatywnej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jak i z punktu widzenia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a nawet stanowi obowiązek spoczywający po stronie zamawiającego. Odwołujący wskazał, że uzupełnienie takie powinno nastąpić w zakresie niedotyczącym kryteriów oceny ofert, co oznacza, że w przypadku przenikania się w treści Wykazu osób doświadczenia powoływanego zarówno na potrzeby warunków udziału, jak i kryteriów oceny ofert, dopuszczalne jest uzupełnienie takiego wykazu (poprzez powołanie dotychczas nie wskazanej w wykazie innej osoby lub innej referencji) w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu.

Jak zauważył Odwołujący, w ramach uzupełnienia doświadczenia na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący już w piśmie z dnia 24 listopada 2023 r. przedstawił Zamawiającemu powyższą argumentację wraz z Wykazem osób uzupełnionym o dodatkowe doświadczenie i oświadczył, że Pan M.R. dysponuje dodatkowym doświadczeniem spełniającym wymagania określone w pkt. 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ i nabytym w ramach inwestycji pn. „Łódzki Tramwaj Metropolitalny: etap Pabianice – Ksawerów” realizowanej dla Miasta Pabianice (ul. Zamkowa 16, 95-200 Pabianice) i Gminy Ksawerów (ul. Kościuszki 3H, 95- 054 Ksawerów), w ramach której Pan M.R. pełnił funkcję kierownika robót branży torowej w okresie od 01.07.2020 r. do 30.06.2023 r.; inwestycja obejmowała przebudowę torowiska tramwajowego o długości ponad 1 000 mtp (tj. 5 889 mtp) w konstrukcji bezpodsytkowej wraz z co najmniej 1 (16 rozjazdów) rozjazdem tramwajowym, inwestycja zlokalizowana w granicach administracyjnych miasta; roboty zrealizowane w okresie od 05.09.2019 do 30.06.2023. W ocenie Odwołującego, na tej podstawie Zamawiający mógł dokonać oceny tego doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.1.2.2. pkt. 4) SWZ.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, nawet jeżeli okazałoby się, że Zadanie Śląsk nie spełnia wymogów z pkt 16.2.2 Podkryterium 2 rozdziału I SWZ, Zamawiający, będąc zobowiązany przez Izbę do rozstrzygnięcia wątpliwości związanych z Zadaniem Śląsk, powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób, co byłoby dopuszczalne z perspektywy postanowień SWZ, a zarazem stanowiłoby realizację obowiązku wynikającego z przepisów ustawy Pzp. Zamiast Zadania Śląsk Zamawiający powinien natomiast ocenić pod kątem kryterium oceny ofert Zadanie Łódź nr 1, które było od początku powołane przez Odwołującego w Wykazie osób i stanowi doświadczenie tej samej osoby, tj. Pana M.R..

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał jakiegokolwiek próby uzupełnienia treści Wykazu osób Odwołującego, lekceważąc złożone przez niego pismo z dnia 24 listopada 2023 r. oraz dokonując automatycznej modyfikacji przyznanej Odwołującemu punktacji poprzez odjęcie 1 pkt w ramach spornego Zadania Śląsk.

Odwołujący podniósł ponadto, że z uwagi na występujące w orzecznictwie rozbieżności co do możliwości uzupełnienia doświadczenia z inicjatywy własnej wykonawcy, Odwołujący sformułował również zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że jeżeli Zamawiający nie uznał Wykazu osób przedłożonego przy piśmie z dnia 24 listopada 2023 r. za skuteczne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt. 5.1.2.2 ppkt. 4) SWZ), to winien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia tego wykazu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Działanie Zamawiającego Odwołujący uznał za nieproporcjonalne do wyznaczonego przez Izbę celu. Zamawiający zamiast podjąć czynności i działania dostępne w ramach badania i oceny ofert, w szczególności polegających na ocenie ofert zgodnie z doświadczeniem p. M.R. opisanym w Wykazie osób załączonym do oferty (Zadanie Łódź nr 1

i Zadanie Łódź nr 2) oraz uzupełnionym Wykazem osób w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu z pkt. 5.1.2.2 ppkt. 4) SWZ (uzupełnione doświadczenie pn. Łódzki Tramwaj Metropolitalny: etap Pabianice – Ksawerów) lub poprzez wezwanie Odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienia Wykazu osób, zastosował najbardziej surowe rozwiązanie poprzez automatyczne zmniejszenie przyznanej pierwotnie punktacji.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego należy uznać za naruszające zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie dobrania w sposób prawidłowy dostępnych środków celem osiągnięcia wyznaczonego przez Izbę celu.

Odwołujący stwierdził, że zarzut z pkt 2.5 *petitum* odwołania naruszenia art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Konsorcjum ZUE ma charakter wynikowy, tj. w każdym opisanym w zarzutach odwołania przypadkach, Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu 2 pkt. w ramach oceny Podkryterium nr 2, co w konsekwencji skutkowałoby przyznaniem ofercie Odwołującego łącznie 97,25 pkt. w ramach kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą wobec punktacji przyznanej Konsorcjum ZUE (97 pkt).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum ZUE wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 2.1 i 2.2 odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania z uwagi na jego bezzasadność.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w całości, ewentualnie:

- o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów 2.1 i 2.2, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, o oddalenie tych zarzutów,
- o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów 2.3, 2.4 i 2.5 odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, o oddalenie tych zarzutów.

Na posiedzeniu Izba, działając na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutów 2.1 i 2.2 *petitum* odwołania, tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących długości torowiska tramwajowego wykazanego w ramach doświadczenia p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych) wykazanego w ramach kryterium oceny ofert (pkt. 16.2.2. SWZ Podkryterium 2 – „Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd)”) („Podkryterium nr 2”) nabytego przy realizacji inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduliw Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1 – pkt IV ppkt 1.1) Wykazu osób co do doświadczenia związanego z nadzorowaniem robót budowlanych dotyczących przebudowy torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej (Podkryterium 2), podczas gdy z uwagi na rozbieżne i sprzeczne ze sobą informacje dotyczące długości torowiska tramwajowego, które Zamawiający uzyskał w trakcie postępowania odwoławczego w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3074/23, KIO 3082/23 Zamawiający zobowiązany był jednoznacznie wyjaśnić i usunąć wątpliwości dotyczące ww. doświadczenia w trakcie ponownego badania i oceny ofert oraz przyznania punktacji w ramach Podkryterium nr 2;
- naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez uznanie, że doświadczenie p. M.R., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych) nabyte przy pełnieniu funkcji kierownika robót przy realizacji robót budowlanych dotyczących inwestycji pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w

Świątchłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1 – pkt IV ppkt 1.1) nie spełnia wymagań określonych w opisie Podkryterium nr 2 co do minimalnej wymaganej długości torowiska wraz z rozjazdem tramwajowym w konstrukcji bezpodsyphkowej (co najmniej 1000 mtp), a w konsekwencji zaniechanie przyznania 1 pkt w ramach oceny oferty w Podkryterium nr 2 z tytułu ww. doświadczenia, podczas gdy Zamawiający oparł swoją decyzję na błędnej informacji uzyskanych od inwestora (Tramwaje Śląskie S.A) (pismo z 9 listopada 2023 r.) jakoby długość torowiska wynosiła 999,25 mtp ustalonej na podstawie wadliwej dokumentacji geodezyjnej/ powykonawczej, podczas gdy rzeczywista długość torowiska wraz z rozjazdem tramwajowym w konstrukcji bezpodsyphkowej przekracza 1000 mtp i spełnia wymagania opisane w Podkryterium nr 2, a tym samym Odwołujący powinien być otrzymać 1 pkt za wyżej wymienione doświadczenie p. M.R., a zatem łącznie 2 pkt. w ramach oceny oferty w Podkryterium nr 2, co ostatecznie skutkowałoby przyznaniem 97,25 pkt w ramach oceny ofert, zamiast przyznanych 96,25 pkt.

Izba stwierdziła, że ww. zarzuty zostały rozpoznane przez Izbę w wyroku z dnia 21 listopada 2023 r. o sygn. akt KIO 3074/23, KIO 3082/23. W sprawie o sygn. akt KIO 3082/23 Konsorcjum ZUE zarzuciło Zamawiającemu m.in. naruszenie:

„1)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 362 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia tj. Balzola Polska sp. z o.o. oraz Lantania SA maksymalnej liczby 2 punktów w ramach „Doświadczenie Kierowników (DK) Podkryterium nr 2 – „Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd)” – pkt 16.2.2 rozdziału I SWZ pt. Instrukcja dla wykonawców, podczas gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. Balzola Polska sp. z o.o. oraz Lantania SA (dalej jako „konsorcjum Balzola”) powinni otrzymać w tym zakresie 1 punkt, ponieważ nie można uznać, aby osoba wskazana przez konsorcjum Balzola, to jest Pan M.R. mogła wykazać się wymaganym dodatkowym doświadczeniem uzyskanym przy zrealizowaniu 2 robót budowlanych o cechach jak wymagane przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na brak doświadczenia przy zrealizowaniu wymaganych robót w ramach inwestycji nr 1 [pkt IV.1 ppkt 1) Wykazu osób], a tym samym przyznanie konsorcjum Balzola 97,25 punktów w postępowaniu, zamiast 96,25 punktów, co w konsekwencji świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców, jak i uczciwej konkurencji;

2)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 362 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp (ewentualnie z art. 128 ust. 1 Pzp) poprzez przyznanie Odwołującemu 0 punktów w ramach „Doświadczenie Kierowników (DK) Podkryterium nr 1 – „Doświadczenie Kierownika budowy (DKb)” – pkt 16.2.2 rozdziału I SWZ pt. Instrukcja dla wykonawców („IDW”), podczas gdy Odwołujący winien otrzymać w tym zakresie 1 punkt, ponieważ osoba wskazana przez Odwołującego, to jest Pan G.N., spełnia wymogi niezbędne celem uzyskania 1 punktu, w szczególności na wskazywanym w wykazie zadaniu – wbrew stanowisku Zamawiającego – doszło do przebudowy, a nie remontu, a ponadto wskazana osoba spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w 5.1.2.2 ppkt 3), a w sytuacji, gdy Zamawiający miał w tym zakresie wątpliwości, powinien – podobnie jak uczynił to w stosunku do Konsorcjum Balzola – wezwać Odwołującego do stosownych wyjaśnień w tym zakresie (ewentualnie, gdyby wyjaśnienia nie uzasadniały spełnienia warunku, w związku z tym, że mamy do czynienia z wykazaniem spełnienia warunku udziału, Odwołujący winien być wezwany do uzupełnienia w zakresie ww. warunku, a to w myśl art. 128 ust. 4 Pzp (art. 128 ust. 1 Pzp), a tym samym Odwołujący powinien otrzymać 98,00 punktów, a nie 97,00, co w konsekwencji świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców, jak i uczciwej konkurencji.”.

Konsorcjum ZUE wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

„•unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności przyznania konsorcjum Balzola 2 (dwóch) punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” (DK) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKrd)” (w sytuacji, gdy powinien być jeden punkt), jak i czynności przyznania Odwołującemu 0 (zero) punktu w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” (DK) Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB)” (w sytuacji, gdy powinien być jeden punkt), a tym samym przyznania konsorcjum Balzola łącznie 97,25 punktów w postępowaniu, zamiast 96,25 punktów, jak i przyznania Odwołującemu łącznie 97,00 punktów, zamiast 98,00 punktów,

•ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem właściwej punktacji należnej konsorcjum Balzola w ramach kryterium

„Doświadczenie Kierowników” (DK) Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika Robót Drogowych (DKrd), jak i z uwzględnieniem właściwej punktacji należnej Odwołującemu w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” (DK) Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB)”, po ewentualnym wcześniejszym wezwaniu Odwołującego - w pierwszej kolejności - do złożenia wyjaśnień

w odniesieniu do spełnienia warunku udziału, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 3) SWZ, ewentualnie (gdyby z wyjaśnień, w ocenie Zamawiającego, nie wynikało spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu), po wcześniejszym wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu (podmiotowego środka dowodowego w tym zakresie), zgodnie z dyspozycją z art. 128 ust. 1 PZP, a także postanowieniami IDW.”.

Rozpoznając odwołanie wniesione przez Konsorcjum ZUE (sygn. akt KIO 3082/23) Izba orzekła:

„1.Uwzględnia odwołanie co do zarzutu wskazanego w pkt 1 *petitum* odwołania w zakresie w jakim zarzut dotyczy zaniechania wykazania wymaganej długości torowiska tramwajowego

z rozjazdem tramwajowym o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 6 października 2023 r., unieważnienie czynności badania i oceny ofert,

w tym przyznanej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, ponowne badanie i ocenę ofert,

w tym ponowne przyznanie punktacji w ramach kryteriów oceny ofert.

1.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.”.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w wyroku o sygn. akt KIO 3074/23, KIO 3082/23 Izba rozstrzygnęła zarzut zaniechania wykazania przez Odwołującego wymaganej długości torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym o łącznej długości co najmniej 1000 mtp

w konstrukcji bezpodsypkowej w ramach inwestycji „Przebudowa infrastruktury tramwajowej

w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru”.

Wzruszenie wyroku Izby jest możliwe jedynie na podstawie art. 579 ust. 1 ustawy Pzp w drodze skargi do sądu, z którego to uprawnienia Odwołujący skorzystał.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie podlegały zarzuty nr 2.3, 2.4 i 2.5 w *petitum* odwołania. Stawiając przedmiotowe zarzuty Odwołujący zmierza do przesunięcia doświadczenia Pana M.R. - osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót drogowych - podanego na okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale I pkt 5.1.2.2. ppkt 4 SWZ na rzecz oceny w kryterium oceny ofert określonym w rozdziale I pkt 16.2.2 SWZ Podkryterium 2. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, doświadczenie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu należy uzupełnić albo uwzględniając uzupełnienie z dnia 24 listopada 2023 r. albo wzywając wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przy badaniu i ocenie oferty Odwołującego w przedmiotowym zakresie.

Przy rozpoznaniu przedmiotowych zarzutów Izba miała na uwadze treść SWZ, w tym pkt 16.2.2., zgodnie z którym w 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 2 do rozdziału IV SWZ. W tabeli opisującej sposób oceny ofert w Podkryterium 2 – Doświadczenie Kierownika robót Drogowych Zamawiający wskazał, że ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazane przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych, zaś punkty zostaną przyznane zgodnie z tabelą (maksymalna liczba punktów: 2). Z treści tabeli opisującej sposób oceny ofert w przedmiotowym kryterium wprost wynika, że punkty w kryterium Doświadczenie Kierownika robót drogowych zostaną przyznane, jeśli wskazana osoba spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.2. ppkt 4 SWZ, a ponadto posiada dodatkowe doświadczenie zawodowe opisane w kryterium.

Jak wskazał Zamawiający w pkt 16.3 SWZ, ocena punktowa w kryterium zostanie dokonana na podstawie złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą Wykazu osób. Wzór Wykazu osób został przygotowany przez Zamawiającego w ten sposób, że osobno wskazywana była robota budowlana na rzecz warunku udziału w postępowaniu, osobno zaś roboty budowlane dla oceny oferty w kryterium.

Odwolujący w złożonym Wykazie osób na stanowisko Kierownika robót drogowych wskazał Pana M.R..

Dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale I SWZ pkt 5.1.2.2 ppkt 4 Odwołujący jako doświadczenie zawodowe ww. osoby wskazał inwestycję: „Modernizacja linii kolejowej Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 - odcinek Łódź Widzew Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowę części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych połączonego z przebudową układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna – budowę zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową”.

Z kolei jako „Informacje przedstawiane w celu uzyskania punktów w Podkryterium 2 określonym w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2. (należy wypełnić tylko w przypadku ubiegania się o przyznanie punktów w tym kryterium)” Odwołujący podał inwestycje:

- „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – (zadanie nr 5.1)”,
- „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. Dąbrowskiego na odcinku od al. Rydza Śmigłego do ul. Rzgowskiej – etap 2”.

Izba stwierdziła, że zaproponowane przez Odwołującego działania stanowiłyby ingerencję Zamawiającego w treść oświadczenia Odwołującego, do której Zamawiający nie ma podstaw. Izba zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, iż w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty, np. wykaz robót budowlanych nie będą potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Jednak w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy okoliczności wypełniające przesłankę do wystosowania wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie zaistniały. Odwołujący złożył Wykaz osób, w którym powołał doświadczenie osoby, które potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale I pkt 5.1.2.2 ppkt 4 SWZ. Brak jest zatem podstaw do wzywania Odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób na rzecz wykazania spełniania przedmiotowego warunku.

Postanowienia SWZ są jednoznaczne – punkty w Pokryterium 2 będą przyznawane za posiadane doświadczenie ponad doświadczenie wskazane na rzecz wykazania spełniania warunku. W ocenie Izby, proponowane przez Odwołującego przesunięcie robót wykazanych na rzecz spełniania warunku do robót wykazanych w ramach kryterium oceny ofert (Podkryterium 2) w celu umożliwienia Odwołującemu pozyskania dodatkowego punktu stanowiłoby niedozwoloną ingerencję w treść oferty. Izba miała na uwadze, że oświadczenia składane przez wykonawców na rzecz pozyskania punktów w kryterium posiadają szczególną wagę, dlatego nie podlegają uzupełnieniu czy poprawie. Zmiany, o jakie wnosi Odwołujący, prowadziłyby do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy. Tym samym, nie zaistniały podstawy do unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2023 r. i nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty

postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Zarówno w przypadku odrzucenia odwołania, jak i oddalenia odwołania przez Izbę, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....

.....