

sygn. akt:KIO 3074/23

KIO 3082/23

## WYROK

z dnia 21 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Beata Konik**

**Ernest Klauziński**

**Aleksandra Kot**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 2, 13 i 16 listopada 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 roku przez:

- 1) odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Balzola Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Lantania SA z siedzibą w Madrycie (sygn. akt KIO 3074/23),
- 2) odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE spółkę akcyjną z siedzibą w Krakowie oraz Fabe Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3082/23),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE spółki akcyjnej z siedzibą w Krakowie oraz Fabe Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3074/23),
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Balzola Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Lantania SA z siedzibą w Madrycie (sygn. akt KIO 3082/23),

### orzeka:

sygn. akt KIO 3074/23

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

sygn. akt KIO 3082/23

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.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Przystępującego i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy

złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

3.2. Znosi wzajemnie koszty zastępstwa przed Izbą między Odwołującym a Zamawiającym.

3.3. Zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 5 900 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy dziewięćset złotych, zero groszy), stanowiącą sumę części kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wypisu od odwołania oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą, w zakresie w jakim spór został wygrany.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: .....

.....

.....

**sygn. akt: KIO 3074/23**

**KIO 3082/23**

### **UZASADNIENIE**

Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie sektorowe o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Budowa trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinku od Dworca Zachodniego do węzła z ul. Grójecką”, numer referencyjny: DWZ/176/2022.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 marca 2023 r., nr 2023/S 055-163751.

**Sygn. akt KIO 3074/23**

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Lantania SA z siedzibą w Madrycie (dalej: „Odwołujący 1”) 16 października 2023 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec błędnej, zdaniem Odwołującego 1 oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE spółkę akcyjną z siedzibą w Krakowie oraz Fabe Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum ZUE”).

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 126 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta Konsorcjum ZUE podlega ocenie w ramach w kryterium „Doświadczenie Kierowników” – Podkryterium 1 - Doświadczenie Kierownika budowy (DKb) pomimo, że Konsorcjum ZUE nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum ZUE do uzupełnienia Wykazu osób, stanowiącego podstawę oceny w ramach kryterium oceny oraz jednocześnie podmiotowy środek dowodowy w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy doświadczenie zawodowe Pana G.N., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika budowy) nabyte przy realizacji inwestycji pn. „Budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Żelazna, 1 Maja, Zagnańska wraz z przebudową Ronda im. Gustawa Herlinga Grudzińskiego” (Załącznik nr 2 do rozdziału IV SWZ – Wykaz osób) nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ;
- 2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 126 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta Konsorcjum podlega ocenie w kryterium „Doświadczenie Kierowników” – Podkryterium 2 – Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd) pomimo, że Konsorcjum ZUE nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ, a w konsekwencji zaniechanie wezwania

Konsorcjum ZUE do uzupełnienia Wykazu osób, stanowiącego podstawę oceny w ramach kryterium oceny oraz jednocześnie podmiotowy środek dowodowy w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy doświadczenie zawodowe Pana M.B., tj. osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych) nabyte przy realizacji inwestycji pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu Szarych Szeregów w Szczecinie” oraz inwestycji pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła)” (Załącznik nr 2 do rozdział IV SWZ – Wykaz osób) nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ.

W związku z powyższym, Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności z 6 października 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego 1;
- 2) ponowne badanie i ocenę oferty Konsorcjum ZUE oraz:

a) nakazanie wezwania Konsorcjum ZUE do uzupełnienia dokumentów/ Wykazu osób w celu

wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika budowy) zgodnie z wymogami określonymi w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ;

b) nakazanie wezwania Konsorcjum ZUE do uzupełnienia dokumentów/Wykazu osób w celu

wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia osoby wyznaczonej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych) zgodnie z wymogami określonymi w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący 1 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący 1 wyjaśnił, że oferta Odwołującego 1 została sklasyfikowana najwyżej w rankingu ofert oraz została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w Postępowaniu, niemniej jednak czynność Zamawiającego ma charakter nieprawomocny. W przypadku wniesienia odwołania lub odwołań przez innych uczestników postępowania, którzy mogą kwestionować wybór oferty Odwołującego 1 jako oferty najkorzystniejszej może (choć w ocenie Odwołującego nie ma ku temu podstaw) skutkować ponowną oceną ofert w Postępowaniu.

Odwołujący 1 argumentował, że termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity, a wniesienie odwołania z uchybieniem terminu skutkuje jego odrzuceniem. Jeśli więc Odwołujący 1 nie wniósłby odwołania, a Zamawiający powtórzyłby czynności związane z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, to po ponownej ocenie ofert wniesienie odwołania przez Odwołującego 1 mogłoby zostać uznane za spóźnione.

Jednocześnie Odwołujący 1 wskazał, że jego interes materializuje się w tym, że ma on prawo żądać przeprowadzenia badania i oceny ofert przez Zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz warunkami zamówienia określonymi w SWZ. W ocenie Odwołującego 1 Zamawiający dokonując badania i oceny ofert naruszył zarówno przepisy ustawy Pzp jak i warunki zamówienia, co znajduje wyraz w zarzutach odwołania.

W konsekwencji powyższego, interes Odwołującego 1 we wniesieniu odwołania polega na uzasadnionym żądaniu przeprowadzenia badania i oceny ofert zgodnie z przepisami prawa oraz warunkami zamówienia, w sposób gwarantujący zachowanie równego traktowania wykonawców, zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Odwołujący 1 powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyrokach: z 26.11.2021 r, KIO 3220/21, KIO 3230/21, KIO 3250/21; z 31.03.2023, KIO 728/23, KIO 751/23; 23.03.2021, KIO 250/21, KIO 252/21.

Ponadto w ocenie Odwołującego 1 z uwagi na przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny ofert w kryterium „Doświadczenie Kierowników” oraz ocenę warunków udziału w Postępowaniu w zakresie personelu - które było dokonane w oparciu o ten sam dokument tj. „Wykaz osób” Zamawiający oceniając ofertę w ww. kryterium musiał równolegle dokonać również oceny doświadczenia wykazanego w celu spełnienia warunków udziału. Przyznanie danemu wykonawcy punktów w ramach oceny w kryterium „Doświadczenie Kierowników” bez jednoczesnej weryfikacji warunków minimalnych (warunków udziału) mogłoby prowadzić do błędnego ustalenia punktacji przyznanej danemu wykonawcy (tak jak w przypadku Konsorcjum ZUE), a w konsekwencji uwzględnienie w ocenie doświadczenia, które nie powinno w ogóle być brane pod uwagę.

Odwołujący 1 argumentował, że jak wynika z dalszej części uzasadnienia odwołania Konsorcjum ZUE nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 i 4 rozdziału I SWZ dotyczących Doświadczenia Kierowników (kierownika budowy i kierownika robót drogowych), a w konsekwencji ocena doświadczenia tego personelu w ramach kryterium oceny ofert w kryterium „Doświadczenie Kierowników” również obarczona jest błędem – nie wiadomo bowiem, czy Konsorcjum byłoby w stanie wykazać doświadczenie tej samej osoby na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, czy może byłoby zmuszone dokonać zmiany osoby, a w konsekwencji, nie mogłoby uzupełnić lub zamienić doświadczenia ocenianego w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierowników”.

Potwierdza to zdaniem Odwołującego 1 pkt. 16.6 SWZ: *Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w 125 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” - podkryteria, o których mowa w pkt 16.2.2 – wówczas Zamawiający w ramach tych podkryteriów nie przyzna punktów.*

Odwołujący 1 przyznał, że Zamawiający zastosował w Postępowaniu odwróconą procedurę oceny ofert (pkt. 8.2 SWZ), niemniej jednak, zdaniem Odwołującego 1, w kontekście zarzutu naruszenia art. 126 ust. 2 ustawy Pzp trudniej wyobrazić sobie bardziej adekwatną sytuację dla zastosowania tego przepisu, niż okoliczności występujące w Postępowaniu. Wezwanie wykonawcy do złożenia (tutaj uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych) jest, w ocenie Odwołującego 1, niezbędne dla odpowiedniego przebiegu postępowania w tym sensie, że ocena spełniania warunku udziału co do doświadczenia personelu zapobiega sytuacji, w której zamawiający (tak jak w niniejszej sprawie) poddaje ocenie w kryterium „Doświadczenie Kierowników” doświadczenie osób, które nie posiadają nawet doświadczenia wymaganego dla wykazania spełnienia warunków minimalnych.

Ad zarzutu dotyczącego oceny warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.1.2.2. ppkt 3 Rozdział I SWZ

Odwołujący 1 wyjaśnił, że Warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ został zmieniony przez Zamawiającego dnia 24 marca 2023 r. oraz 23 czerwca 2023 r., w ten sposób, że jego brzmienie jest następujące: *„do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika budowy) – 1 osoba, która posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej oraz łącznie co najmniej 36-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji maksymalnie trzech zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności\*\*\*\* min. 200 tys., w tym co najmniej 18-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu\*) przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej\*\*\*\* o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności\*\*\*\* min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m: – pełną konstrukcję jezdnii, – skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną\*\*,”*

Odwołujący 1 wyjaśnił, że Konsorcjum ZUE w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku powołało się w Wykazie osób na doświadczenie zawodowe Pana G.N., wskazując go jako osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Odwołujący 1 wskazał, że Zgodnie z informacjami zawartymi w Wykazie osób, Pan G.N. posiada doświadczenie zawodowe zdobyte podczas pełnienia funkcji kierownika budowy w trakcie realizacji inwestycji pn. „Budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Żelazna, 1 Maja, Zagnańska wraz z przebudową Ronda im. Gustawa Herlinga Grudzińskiego”, na rzecz zamawiającego Miasta Kielce – Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach. Roboty te realizowane były w okresie od ok. 1 marca 2011 do 30 maja 2014 r.

Odwołujący 1 wskazał, że zgodnie z pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ robota budowlana realizowana przez osobę przedstawioną w Wykazie osób jako kierownik budowy, powinna być przeprowadzona w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności min. 200 tys., przy czym w „Uwagach” do ppkt 5.1.2.2 rozdziału I SWZ w punkcie \*\*\*\* wskazano, iż [p]rzez „liczbę ludności” należy rozumieć stan zaludnienia ogółem w danym mieście według oficjalnych danych Banku danych Lokalnych Głównego Urzędu Statystycznego – podgrupa „Ludność w gminach bez miast na prawach powiatu i w miastach na prawach powiatu wg płci” (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej – według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia; ww. stan zaludnienia to stan na dowolny dzień wykonywania roboty budowlanej.

Jak wskazał Odwołujący 1, Konsorcjum ZUE w przedłożonym Wykazie osób wskazało, iż robota budowlana wykonywana przez Pana G.N. spełnia ww. warunek – była zlokalizowana w granicach administracyjnych miasta Kielce.

Odwołujący 1 podniósł, że w roku 2013 oraz 2014, a więc w trakcie zdobywania przez Pana G.N. wykazywanego doświadczenia, miasto Kielce nie posiadało liczby ludności większej niż 200 tysięcy.

Według Odwołującego 1 zastrzeżenie „[s]tan zaludnienia to stan na dowolny dzień wykonywania roboty budowlanej” należy interpretować w ten sposób, że iż w przypadku badania liczby ludności, w dowolnie (synonimy: jakimkolwiek, każdym) wybranym dniu w okresie realizacji roboty budowlanej przez kierownika budowy, stan ten powinien wynosić min. 200 tysięcy mieszkańców.

W ocenie Odwołującego 1 sprzeczna z zasadami logiki byłaby interpretacja warunku w ten sposób, iż „dowolny dzień” oznacza, że wystarczające jest dla wykonawcy, aby dla miasta, w którym przestawiony w Wykazie osób kierownik budowy zdobył wykazywane doświadczenie, choć w jednym z pomiarów statystycznych liczba ludności wynosiła min. 200 tysięcy. Taka wykładnia nie byłaby adekwatna, gdyż de facto liczba ludności w mieście mogłaby w trakcie sześciu przypadających na okres realizowania robót budowlanych badań statycznych wykazywać stan niższy, a w siódmym badaniu stan wyższy niż wymagany w SWZ, i byłoby to wystarczające dla spełnienia przedmiotowego warunku. Nie

byłoby to jednakże uzasadnione celem ustanowienia tego warunku, który ma zapewnić osobę na stanowisku kierownika budowy kompetentną do pełnienia funkcji przy przebudowie lub budowie drogi klasy co najmniej Z w mieście o znaczącej liczbie ludności tj. minimum 200 tysięcy.

Według Odwołującego 1 istotny dla wykładni językowej w tym przypadku jest kontekst. Wyniki interpretacji literalnej mogą być niejednoznaczne, ponieważ słowo „dowolny” nie jest oczywistym synonimem słowa „każdy”, jednakże w świetle całości treści warunku udziału powinno zostać w ten sposób odczytane.

Odwołujący 1 powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 27 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 1041/23 oraz wskazał, że funkcja warunku udziału zawartego w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ ma na celu zapewnić udział osoby doświadczonej w kierowaniu robotami budowlanymi w mieście o liczbie ludności min. 200 tysięcy, a nie w mieście, w którym statystyka „punktowo” odpowiada progowi wyznaczonemu w SWZ.

W ocenie Odwołującego 1, w związku z powyższym należy stwierdzić, iż wskazany przez Konsorcjum w Wykazie osób Pan G.N. nie posiada doświadczenia odpowiedniego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ, gdyż w wykazanym okresie pełnienia funkcji kierownika robót w ramach inwestycji realizowanej w Kielcach, miasto to nie posiadało liczby ludności przekraczającej liczbę 200 tysięcy w roku 2013 oraz 2014, kiedy prace wciąż były w toku.

Zdaniem Odwołującego 1, Zamawiający błędnie uznał, że doświadczenie p. G.N. zdobyte podczas pełnienia funkcji kierownika budowy w trakcie realizacji inwestycji pn. „Budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Żelazna, 1 Maja, Zagnańska wraz z przebudową Ronda im. Gustawa Herlinga Grudzińskiego” pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ. Tym samym Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum do wykazania, że p. G.N. (lub inna osoba wskazana do pełnienia wymaganej funkcji) posiada doświadczenie opisane w warunku udziału.

Ad zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 SWZ, Rozdziału I SWZ

Odwołujący 1 wyjaśnił, że w ramach warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ Zamawiający (w brzmieniu nadanym Zmianą treść SWZ nr 1 z dnia 24 marca 2023 r.) wymagał, aby wykonawcy wykazali dysponowanie osobą wyznaczoną do *kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych) – co najmniej 1 osoba, która posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej oraz co najmniej 24-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych\*\*\*, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych\*\*\* przy realizacji maksymalnie dwóch zadań, w tym co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu\*) przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej\*\*\*\*, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta.*

Następnie Odwołujący 1 wskazał, że w części zatytułowanej „Uwagi” do pkt 5.1.2.2 rozdziału I SWZ, Zamawiający w uwadze oznaczonej symbolem (\*) sprecyzował, że wymóg „doświadczenia przez cały okres kontraktu” należy rozumieć jako *doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; Zamawiający nie dopuszcza łączenia doświadczenia zdobytego w tym samym okresie na różnych kontraktach; Zamawiający nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby i łączenia wyżej wskazanych funkcji na Kontrakcie. Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach w tym samym okresie, Zamawiający do oceny uwzględni tylko jeden z nich – najbardziej korzystny dla Wykonawcy.*

Odwołujący 1 z powyższego wywiódł, że jeżeli okres pełnienia wymaganej funkcji zazębiał się czasowo w ramach dwóch lub większej ilości kontraktów, na potrzeby badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający będzie uwzględniał tylko jeden z nich, którego długość będzie najkorzystniejsza dla wykonawcy. W pozostałym natomiast zakresie, wskazane doświadczenie nie będzie brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący 1 następnie wskazał, że z przedłożonego wraz z ofertą Wykazu osób sporządzonego na podstawie Załącznika nr 2 do rozdziału IV SWZ wynika, że Konsorcjum ZUE powołało się celem spełnienia tego warunku na doświadczenie zawodowe Pana M.B.. Zgodnie z Wykazem osób osoba ta sprawowała wymaganą warunkiem funkcję w ramach dwóch inwestycji:

1) „Przebudowy torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu Szarych Szeregów w Szczecinie” - okres pełnienia funkcji od 25.11.2019 r. do 27.01.2021 r. oraz

2) „Przebudowy torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła)” – okres pełnienia funkcji od 4.02.2021 r. do teraz.

Odwołujący 1 wskazał, że informacje zawarte w Wykazie osób są prawdziwe, ponieważ jak wynika z informacji przekazanych przez inwestora tych zadań - Tramwajów Szczecińskich sp. z o.o. z dnia 16 sierpnia 2023 r. („Informacja TS”), która odpowiadała za udzielenie wskazanych w Wykazie osób zamówień, okres pełnienia funkcji był odmienny od

tego wskazanego przez Konsorcjum ZUE, a sprawowanie wymaganej warunkiem funkcji przez Pana M.B. miało miejsce w tym samym czasie na dwóch różnych inwestycjach, a więc niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący 1 podniósł, że z Informacji TS wynika, że p. M.B. pełnił funkcję kierownika budowy/ kierownika robót drogowych:

a) na inwestycji pn. „Przebudowy torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu Szarych Szeregów w Szczecinie” w okresie od 14.01.2020 r. do 26.02.2021 r. (a nie jak wynika z wykazu Konsorcjum od 25.11.2019 r. do 27.01.2021 r.);

b) na inwestycji pn. „Przebudowy torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła)” od 08.01.2021 r. do chwili obecnej (a nie jak twierdzi Konsorcjum od 4.02.2021 r. do chwili obecnej).

Zdaniem Odwołującego 1 oznacza to, że pełnienie wymaganej warunkiem funkcji przez Pana M.B. miało miejsce na obu kontraktach w tym samym czasie. To nakładanie się czasowe nabywanego doświadczenia miało miejsce między dwoma inwestycjami w dniach od 08.01.2021 r. do 26.02.2021 r. Z powyższego Odwołujący 1 wywodzi też, że Zamawiający zobowiązany jest do oceny tylko jednego doświadczenia – najbardziej korzystnego dla Wykonawcy.

Odwołujący 1 zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym w konsekwencji, Konsorcjum ZUE nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.1.2.2 pkt 4 rozdziału I SWZ, ponieważ zgodnie z jego treścią wymagane było wykazanie co najmniej 24- miesięcznego doświadczenia zawodowego zdobytego pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji maksymalnie dwóch zadań, w tym co najmniej 12-miesięcznego doświadczenia zawodowego (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu) przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta. Ze względu na brak możliwości uwzględnienia obu doświadczeń Pana M.B. wskazanych w Wykazie osób z powodu ich czasowego nachodzenia, możliwe jest uwzględnienie tylko jednego z nich, korzystniejszego dla Konsorcjum.

Odwołujący 1 podkreślił, że żadne z powołanych przez Konsorcjum ZUE doświadczeń Pana M.B. nie spełnia natomiast samodzielnie warunku z pkt 5.1.2.2 pkt 4 rozdziału I SWZ. Pierwsze doświadczenie, tj. nabyte w zakresie inwestycji pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu Szarych Szeregów w Szczecinie” nie spełnia wymogu 24- miesięcznego czasu trwania przedsięwzięcia (nabycia doświadczenia) przez cały okres kontraktu, (okres doświadczenia to 13 miesięcy, od 14.01.2020 r. do 26.02.2021 r.) natomiast druga inwestycja pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła)” nie spełnia wymogu nabycia co najmniej 12-miesięcznego doświadczenia zawodowego przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej\*\*\*\*, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta (brzmienie pkt 5.1.2.2 pkt 4 rozdziału I SWZ nadane zmianą treści SWZ nr 1 z dnia 24 marca 2023 r).

W związku z tym, niezależnie które doświadczenie Pana M.B. uznamy za korzystniejsze (ze względu na czasowe nachodzenie na siebie doświadczeń) Konsorcjum nie spełni wszystkich wymogów warunku z pkt 5.1.2.2 pkt 4 rozdziału I SWZ tj.

a) w przypadku uznania, za bardziej korzystna dla Konsorcjum ZUE doświadczenia pn.

„Przebudowy torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu Szarych Szeregów w Szczecinie” nie zostanie spełniony wymóg co do posiadania co najmniej 24- miesięcznego doświadczenia zawodowego, ponieważ okres realizacji dla ww. inwestycji wynosił 13 miesięcy;

b) w przypadku uznania, za bardziej korzystna dla Konsorcjum ZUE doświadczenia pn. „Przebudowy torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła)” – nie zostanie spełniony wymóg co do wykazania co najmniej 12-miesięcznego doświadczenia zawodowego przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta.

Zdaniem Odwołującego 1 taki sposób interpretowania przedmiotowego warunku potwierdza sposób wypełnienia Wykazu osób przez Konsorcjum ZUE, które celowo opisało doświadczenie Pana M.B. w taki sposób, aby zakres czasowy zaangażowania w oba przedsięwzięcia nie zachodził na siebie. Natomiast jak wynika z informacji uzyskanej od inwestora Tramwajów Szczecińskich, wymagana funkcja pełniona była na dwóch inwestycjach w tym samym czasie. Oznacza to, że Konsorcjum ZUE interpretuje warunek udziału w identyczny sposób co Odwołujący, mianowicie, że jeśli pełnienie wymaganej warunkiem funkcji miało miejsce w tym samym czasie w ramach kilku przedsięwzięć, to wówczas jedno z tych doświadczeń, mniej korzystne dla wykonawcy nie jest brane pod uwagę przez Zamawiającego.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego 1, Zamawiający nieprawidłowo dokonał zatem oceny podmiotowej Konsorcjum ZUE uznając, że spełnia ono przedmiotowy warunek. W związku z tym, Konsorcjum powinno zostać wezwane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W złożonej pismem z 31 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że w ramach badania i oceny ofert ocenił doświadczenie osób wskazanych przez Konsorcjum ZUE w Wykazie osób (dalej: „Wykaz”) i stwierdził co następuje:

1) w zakresie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy – Pana G.N.:

a) Zamawiający, opierając się na informacjach wskazanych w Wykazie, nie uznał jako spełniającego wymogi pkt 5.1.2.2. ppkt 3 rozdziału I SWZ (jedyne wykazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) doświadczenia wskazanego w poz. I.4 Wykazu, tj. inwestycji pn. „budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Żelazna, 1 Maja, Zagnańska wraz z przebudową Ronda im. Gustawa Herlinga Grudzińskiego,” ponieważ Pan G.N. nabył doświadczenie na tej inwestycji w okresie 4.05.2011 r. – 30.05.2014 r., a zatem w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert (który upłynął w dniu 21.07.2023 r.) Pan G.N. nabył jedynie 34 miesiące i 9 dni doświadczenia z wymaganego okresu 36 miesięcy;

b) Zamawiający, opierając się na informacjach wskazanych w Wykazie oraz dodatkowych wyjaśnieniach uzyskanych od Przystępującego oraz Inwestora (Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad), nie uznał (jedyne wykazanego w celu uzyskania punktów w Podkryterium 1) doświadczenia wskazanego w poz. II.1 Wykazu, tj. inwestycji pn. „kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej Etap I od km 0+000 do 22+350 i Etap II od km 22+350 do 24+650,” ponieważ zakres robót zrealizowany w ramach przedmiotowej inwestycji w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności min. 200 tys. obejmował pełną wymianę konstrukcji nawierzchni starodroża drogi DK7 łącznie ze wzmocnieniem podłoża (jeśli zachodziła taka konieczność) i był realizowany w oparciu o zgłoszenie robót do odpowiedniego organu architektoniczno-budowlanego, a więc w rozumieniu ustawy Prawo budowlane był to remont, a Zamawiający wymagał, aby robota budowlana obejmowała budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) pełnej konstrukcji jezdni;

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wyjaśnił, w jego ocenie Konsorcjum ZUE nie wykazało, iż Pan G.N. posiada wymagane doświadczenie i spełnia warunek udziału w postępowaniu oraz nie przyznał punktów w Podkryterium 1.

2) w zakresie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych – Pana M.B., Zamawiający wyjaśnił, że opierając się na informacjach wskazanych w Wykazie:

a) uznał (wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) doświadczenie wskazane w poz. III.4 Wykazu, tj.:

- inwestycję pn. „przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu szarych Szeregów w Szczecinie” oraz

- inwestycję pn. „przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła)”;

b) uznał (wykazane w celu uzyskania punktów w Podkryterium 2) doświadczenie wskazane w poz. IV.1 Wykazu, tj.:

- inwestycję pn. „przebudowa ulic: Niemierzyńska, Arakońska do al. Wojska Polskiego w Szczecinie – Etap I i II” oraz

- inwestycję pn. „przebudowa ulic Potulicka, Narutowicza w Szczecinie”;

przyznając ofercie Przystępującego w Podkryterium nr 2 maksymalną liczbę punktów (2 pkt).

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z zastrzeżeniem w pkt 17.1 rozdziału I SWZ zastosował procedurę przewidzianą w art. 139 Pzp i dokonał kwalifikacji podmiotowej w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu jedynie Odwołującego, tj. Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona.

Ad zarzutu 1

Zamawiający wskazał, że Odwołujący 1 wymóg wskazany w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 w rozdziale I SWZ przywołał w sposób niekompletny, dążąc do nadania wymogowi innego znaczenia.

Zamawiający wyjaśnił, że liczbę ludności zdefiniował w ten sposób, że przez „liczbę ludności” należy rozumieć stan zaludnienia ogółem w danym mieście według oficjalnych danych Banku Danych Lokalnych Głównego Urzędu Statystycznego – podgrupa „ludność w gminach bez miast na prawach powiatu i w miastach na prawach powiatu wg płci” (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej – według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia; ww. stan zaludnienia to stan na dowolny dzień wykonywania roboty budowlanej.

Zdaniem Zamawiającego zwrot „dowolny dzień” nie powinien budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a w szczególności nie powinien prowadzić do wniosku, że zwrot ten oznacza „każdy dzień”, jak sugeruje to Odwołujący. W ocenie Zamawiającego powszechne rozumienie tego zwrotu jest zbieżne ze znaczeniem, jakie zostało opisane w internetowym słowniku języka polskiego PWN, wg którego wyraz „dowolny” oznacza „jaki bądź” a jego synonimem jest zwrot „jakikolwiek”. Podobnie zwrot ten jest definiowany w internetowym słowniku synonimów, w którym zwrot ten oznacza: „którykolwiek, jakikolwiek, jaki/który bądź, byle który, pierwszy lepszy/z brzeża/z brzegu” (źródło - <https://www.synonimy.pl/>).

Posługując się zatem powszechnym rozumieniem zwrotu „dowolny”, zdaniem Zamawiającego należy przyjąć, że wystarczającym dla spełnienia wymagania zawartego w 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ jest realizacja określonego zadania w określonym czasie w granicach administracyjnych miasta o zaludnieniu wynoszącym min. 200 tys. osób w dowolnym dniu tj. którymkolwiek dniu tego okresu (wykonywania roboty budowlanej). Doświadczenie zawodowe Pana G.N. w zakresie spełniania wymagania Zamawiającego określonego w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ wskazuje, iż warunek w zakresie dot. liczby mieszkańców został spełniony w danym okresie, co czyni zarzut Odwołującego bezpodstawnym. Jak wskazał sam Odwołujący w odwołaniu w pkt 2.6 (strona 11 odwołania), powołując się na dane statystyczne GUS dotyczące liczby ludności w mieście Kielce w okresie odpowiadającym realizacji robót budowlanych – przez znaczną część tego okresu liczba mieszkańców przekraczała 200 tys., a tym samym w sposób oczywisty postawiony warunek został przez Konsorcjum ZUE spełniony.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający przypomniał, że jak wskazał we wcześniejszym stanowisku, Zamawiający uznał, że Konsorcjum ZUE nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ppkt 5.1.2.2. ppkt 3 rozdziału I SWZ ponieważ w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert (który upłynął w dniu 21.07.2023 r.) Pan G.N. nabył na ww. inwestycji jedynie 34 miesiące i 9 dni doświadczenia z wymaganego okresu 36 miesięcy, a była to jedyna inwestycja wykazana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze, że zgodnie z zastrzeżeniem ust. 17 pkt 17.1 rozdziału I SWZ Zamawiający zastosował procedurę odwróconą przewidzianą w art. 139 ustawy Pzp, Zamawiający nie wezwał Przystępującego do uzupełnienia Wykazu osób, stanowiącego podstawę oceny w ramach kryterium oceny oraz jednocześnie podmiotowy środek dowodowy w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzutu 2

Zamawiający wskazał, że istotne znaczenie ma pełne brzmienie wymogu z pkt 5.1.2.2 ppkt 4 w rozdziale I SWZ. Zamawiający w przypisie wskazał, że „*doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; Zamawiający nie dopuszcza łączenia doświadczenia zdobytego w tym samym okresie na różnych kontraktach; Zamawiający nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby i łączenia wyżej wskazanych funkcji na Kontrakcie. Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach w tym samym okresie, Zamawiający do oceny uwzględni tylko jeden z nich – najbardziej korzystny dla Wykonawcy.*” W ocenie Zamawiającego Odwołujący 1 dokonał błędnej interpretacji powyższego postanowienia SWZ. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący 1 przyjął, że w sytuacji gdy dany okres doświadczenia zdobytego podczas realizacji jednego kontraktu zazębia się częściowo z okresem doświadczenia zdobytego na innym kontrakcie, to fakt ten powoduje, że okres całego doświadczenia zdobytego na jednym z tych kontraktów nie może być zaliczony do okresu doświadczenia wymaganego dla spełnienia wymogu z pkt 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ.

Zdaniem Zamawiającego jest to niesłusznie zawężająca i niewynikająca z treści SWZ interpretacja. Zamawiający bowiem określił, że jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach w tym samym okresie, Zamawiający do oceny uwzględni tylko jeden z nich – okres najbardziej korzystny dla Wykonawcy, co oznacza, że w przypadku zachodzenia na siebie okresów doświadczenia – Zamawiający nie zaliczy tylko samego okresu zachodzenia na siebie okresu doświadczenia na jednym kontakcie, natomiast ten okres uwzględni na kontrakcie, którego okres doświadczenia będzie najbardziej korzystny dla Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z informacjami wskazanymi przez Przystępującego w Wykazie uznał, że Pan M.B.:

a) pełnił funkcję kierownika budowy oraz kierownika robót drogowych na zadaniu pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu Szarych Szeregów w Szczecinie” (inwestycja nr 1), w okresie od dnia 25.11.2019 r. do dnia 27.01.2021 r. – a tym samym posiada co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi klasy co najmniej Z, o długości co najmniej 1000 m w ramach której wybudowano lub przebudowano pełną konstrukcję jezdni;

oraz

b) pełnił funkcję kierownika robót branży drogowej na zadaniu pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną od Placu Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu Placu Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do Placu Rodła)”

(inwestycja nr 2) w okresie od dnia 4.02.2021 r. do dnia, w którym upłynął termin składania ofert w postępowaniu (21.07.2023 r.), a zatem posiada co najmniej 24-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji maksymalnie dwóch zadań, w tym co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsytkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta.

Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę daty realizacji wskazane w uzyskanej przez Odwołującego od Tramwajów Szczecińskich informacji publicznej, Zamawiający wskazuje, że Pan M.B.:

a) pełnił funkcję kierownika budowy oraz kierownika robót drogowych na zadaniu pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu Szarych Szeregów w Szczecinie”, w okresie od dnia 14.01.2020 r. do dnia 26.02.2021 r. – a tym samym posiada co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa drogi klasy co najmniej Z, o długości co najmniej 1000 m w ramach której wybudowano lub przebudowano pełną konstrukcję jezdnii;

oraz

b) pełnił funkcję kierownika robót branży drogowej na zadaniu pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną od Placu Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu Placu Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do Placu Rodła)” w okresie od dnia 8.01.2021 r. do dnia, w którym upłynął termin składania ofert w postępowaniu (21.07.2023 r.) – w odniesieniu do tej inwestycji, z uwagi na postanowienie SWZ wskazane w pkt 2 powyżej, Zamawiający zaliczył jedynie okres doświadczenia od dnia 27.02.2021 r. do dnia, w którym upłynął termin składania ofert w postępowaniu (Zamawiający nie wziął pod uwagę doświadczenia zdobytego w nakładającym się okresie tj. od dnia 8.01.2021 r. do dnia 26.02.2021 r.).

Zdaniem Zamawiającego powyższa rozbieżność w przyjętych okresach nabywania doświadczenia może wynikać z odmiennych sposobów przyjętych do określenia pełnienia funkcji kierownika budowy / kierownika robót drogowych. Zgodnie z informacjami uzyskanymi telefonicznie od Inwestora – Tramwajów Szczecińskich – data rozpoczęcia pełnienia funkcji na inwestycji nr 1 wskazana w informacji publicznej (14.01.2020 r.) to data przekazania terenu budowy, natomiast data wskazana przez Przystępującego w Wykazie to data złożenia przez Pana M.B. oświadczenia o przyjęciu funkcji kierownika budowy.

Zamawiający podkreślił, że niezależnie od tego czy do oceny przyjęte zostaną daty wskazane w Wykazie, czy też daty wskazane przez Inwestora, Przystępujący spełnia warunek opisany w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ, tj. posiada co najmniej 24-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji maksymalnie dwóch zadań, w tym co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsytkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta.

#### **Sygn. akt KIO 3082/23**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZUE spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Odwołujący 2*”) 16 października 2023 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec błędnej, zdaniem Odwołującego 2 oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Balzola Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Lantania SA z siedzibą w Madrycie (dalej: „*Konsorcjum Balzola*”).

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu 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.

Odwołujący 2 wniósł 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.
- Odwołujący 2 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący 2 uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, co następuje.

#### Ad zarzutu 1

Odwołujący poniósł, że Konsorcjum Balzola wskazało, iż Pan M.R. miał nabyć na Inwestycji nr 1 wymagane (celem uzyskania dodatkowego punktu przy ocenie ofert) doświadczenie w odniesieniu do przebudowy torowiska tramwajowego z rozjazdami o długości ponad 1000 mtp w konstrukcji bezpodsytkowej.

Zdaniem Odwołującego 2 na Inwestycji nr 1 nie doszło do przebudowania torowiska tramwajowego z rozjazdami o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsytkowej. Odwołujący 2 wyjaśnił, że wniósł do firmy geodezyjnej AVGEO sp. z o.o. (Prezes Zarządu mgr inż. W.Ż.), która to firma była zaangażowana do obsługi geodezyjnej inwestycji (Inwestycji nr 1) wraz z wykonaniem pomiarów geodezyjnych powykonawczych, prośbę o przekazanie pomiarów powykonawczych wszelkich odcinków wykonanego na tym zadaniu (Inwestycja nr 1) torowiska tramwajowego wraz z rozjazdami w konstrukcji bezpodsytkowej. W wyniku powyższego Odwołujący 2 wyjaśnił, że otrzymał „Sprawozdanie z pomiarów geodezyjnych dotyczących zakresu torowisko tramwajowego w konstrukcji bezpodsytkowej” wraz załącznikami, które w jednoznaczny sposób potwierdzają, że łączna długość torowiska tramwajowego z rozjazdami w konstrukcji bezpodsytkowej to 997,44 mtp. W sytuacji gdyby konsorcjum Balzola albo inny uczestnik bądź strona postępowania kwestionował pomiary i ww. łączną długość torowiska tramwajowego wraz z rozjazdami w konstrukcji bezpodsytkowej, jaka miała być przebudowana w ramach Inwestycji nr 1, Odwołujący 2 wskazał, że wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego geodety na wykazanie faktu łącznej długości torowiska tramwajowego wraz z rozjazdami w konstrukcji bezpodsytkowej, jaka została przebudowana w ramach Inwestycji nr 1, przy czym opinia taka wymaga dokonania wizji lokalnej celem dokonania stosownych pomiarów.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego 2, nie można uznać, aby oferta konsorcjum Balzola została oceniona w prawidłowy sposób. Skoro bowiem osoba wskazana przez to konsorcjum (Pan M.R.) nie ma wymaganego doświadczenia w zakresie 2 robót budowlanych – możliwe jest jedynie zgodnie z SWZ przyznanie temuż wykonawcy jednego punktu. (tj. wraz z rozjazdem, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsytkowej), miało być „”. Nie chodzi zatem o takie torowisko o łącznej długości 1000 mtp w konstrukcji bezpodsytkowej, które zlokalizowane jest w granicach administracyjnych miast – dwóch czy też większej liczby.

Ponadto Odwołujący 2 podniósł, że torowisko – niezależnie od braku spełnienia min. 1000 mtp – przebiega w granicach administracyjnych dwóch miast – Świętochłowic oraz Rudy Śląskiej. W poszczególnych z tych miast wykonano następujące długości torowiska w konstrukcji bezpodsypankowej:

1. Świętochłowice: 819,48 mpt
2. Ruda Śląska: 177,96 mpt

Ad zarzutu 2

Zdaniem Odwołującego 2 Zamawiający błędnie ocenił, iż osoba wskazana przez Odwołującego do pełnienia funkcji kierownika budowy nie posiada doświadczenia oczekiwanego celem uzyskania punktu w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników (DK)” Podkryterium nr 1 „Doświadczenie Kierownika budowy (DKb)”. Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający w tym postępowaniu swoje stanowisko jakoby p. Niemiec nie nabył na spornej inwestycji doświadczenia w przebudowie lecz w remoncie, oparł na odpowiedzi uzyskanej od Inwestora spornego zadania, tj. GDDKiA. Odwołujący 2 podkreślił, że pytanie nr 3 odnosiło się do stanu faktycznego, gdzie GDDKiA mogła rzeczywiście w pełni potwierdzić zakres wykonanych prac (posiada w tym zakresie stosowne kompetencje), tak pytanie nr 4 odnosiło się do oceny prawnej zaistniałej sytuacji. W tym zakresie natomiast to Zamawiający powinien dokonać stosownej oceny w oparciu o obowiązującego przepisy prawa, czego jednak zaniechał. Odwołujący 2 zaakcentował, że po pierwsze, że GDDKiA, do czego inwestor ten ma wszelkie podstawy, wskazała na czym zasadniczo polegały prace zrealizowane w ramach ocenianego zadania (pkt 3) – na „wymianie pełnej konstrukcji nawierzchni łącznie ze wzmocnieniem podłoża” oraz po drugie – z powyższego wynika, że Zamawiający zadał inwestorowi także pytanie odnoszące się do oceny prawnej istniejącej sytuacji (pytanie nr 4, w którym przedstawiciel GDDKiA wskazał, że skoro prace były prowadzone na podstawie zgłoszenia, mieliśmy do czynienia z remontem). Niestety Zamawiający zasadniczo bez żadnej refleksji, w tym odniesienia się do obowiązujących przepisów prawa, przyjął jako swoje stanowisko treść odpowiedzi od GDDKiA, co jest błędne.

Odwołujący 2 podniósł, że w dacie wykonywania przedmiotowych prac referencyjnych przebudowa dróg nie wymagała pozwolenia na budowę, a wystarczało w tym zakresie zgłoszenie. Wynikało to z już nieobowiązującego o tej treści art. 29 ust. 2 pkt 12 Prawa budowlanego, który wówczas wskazywał, że:

3.

Pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na:

(...)

12) przebudowie dróg, torów i urządzeń kolejowych;

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego 2 zarówno twierdzenie Zamawiającego (vide: pismo z dnia 6 października 2023 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty), jak i GDKKiA, zgodnie z którymi o kwalifikacji danych prac jako przebudowy decyduje kwestia zgłoszenia czy też uzyskiwania pozwolenia na budowę, jest błędne. W dacie, gdy prace referencyjne były prowadzone, przebudowa dróg była zwolniona z obowiązku uzyskiwania pozwolenia na budowę. Wystarczające było w tym zakresie zgłoszenie.

Sytuacja ta zmienia się we wrześniu 2020 r., w momencie zmiany art. 29 ust. 2 pkt 12 Prawa budowlanego (vide Dz.U. z 2020 r., poz. 471). Co oczywiście jednak przepisy te nie znajdowały zastosowania do realizowanej wcześniej inwestycji.

Zdaniem Odwołującego 2, Zamawiający oceniając, czy jakieś prace mają charakter przebudowy, czy też remontu, powinien dokonać tego w oparciu o obowiązującego przepisy prawa, w tym definicje legalne. Odwołujący 2 odesłał do art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którym przez przebudowę należy rozumieć „wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego”. Odwołujący 2 stwierdził, że definicja ta jest obecnie tożsama z tą, jaka obowiązywała w czasie realizacji prac na rzez GDDKiA.

W ocenie Odwołującego 2 na szczególną przy tym uwagę zasługuje część ww. definicji odnosząca się do skutków wykonywanych robót budowlanych, tj. zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego (a w stosunku do drogi – zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego).

Zdaniem Odwołującego 2 z taką właśnie sytuacją – co jasno potwierdza przywoływane przez Zamawiającego pismo GDDKiA (pismo z dnia 9 sierpnia 2023 r. – w aktach sprawy) – mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. GDKKiA wskazała bowiem, że prace polegały na „wymianie pełnej konstrukcji nawierzchni łącznie ze wzmocnieniem podłoża”.

Tym samym nastąpiła zmiana parametrów użytkowych pełnej konstrukcji jezdni – w związku ze wzmocnieniem podłoża uległy bowiem zmianie parametry użytkowe i techniczne całej konstrukcji jezdni – jakość oraz typ podłoża wpływa na

projektowanie, wykonanie i eksploatacje nawierzchni. Skoro nastąpiło poprawienie/polepszenie parametrów podłoża (wzmocnienie), to wpływało to na typ, grubość zaprojektowanych wyższych warstw konstrukcji nawierzchni, a przy tym jezdni.

Odwołujący 2 wyjaśnił, że dolne warstwy konstrukcji nawierzchni oraz podłoże zapewniają wymaganą nośność na poziomie spodu górnych warstw konstrukcji nawierzchni, odporność konstrukcji nawierzchni na powstawanie wysadzin oraz odwodnienie wgłębne. Wymagany poziom nośności musi być zapewniony w czasie budowy drogi oraz w całym okresie eksploatacji nawierzchni. Inaczej mówiąc kierunek oddziaływania na parametry poszczególnych warstw konstrukcyjnych drogi (na którą składa się warstwa podłoża, jak i nawierzchni) skierowany jest od spodu do samej góry. Odwołujący 2 argumentował, że „rozbiegając” istniejącą drogę do samego spodu, wzmacniając podłoże, następne warstwy konstrukcyjne nawierzchni należało dostosować/zmienić do zmienionych/wyższych parametrów podłoża. W konsekwencji nastąpiła zmiana parametrów użytkowych wszystkich warstw konstrukcyjnych, co jednoznacznie świadczy o przebudowie – która właśnie się do tego sprowadza.

W ocenie Odwołującego 2 osoba odpowiadająca z ramienia GDDKiA z całą pewnością nie miała odpowiedniej wiedzy, aby odpowiedzieć na przedmiotowe pytanie (nie wiedziała, że w czasie realizacji zadania przebudowa drogi była dokonywana na zgłoszenie, a nie po uzyskaniu pozwolenia na budowę), po czym odpowiedziała błędnie wprowadzając w ten sposób Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Odwołującego 2, Zamawiający natomiast, bez refleksji i sprawdzenia twierdzeń pochodzących od Inwestora (mimo tego, że sam jest podmiotem profesjonalnym organizującym szereg znaczących kontraktów) uznał w ich wyniku, że osoba wskazana przez Odwołującego nie posiada „dodatkowego” doświadczenia, co jest w oczywisty sposób nieprawidłowe – bo prace stanowiły remont, a nie przebudowę.

Ponadto, w ocenie Odwołującego 2, Zamawiający powinien był wobec niego zastosować art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp, co w okolicznościach tej sprawy jest o tyle istotne, że Pan G.N., niezależnie od zakwestionowanej przez Zamawiającego inwestycji, posiada jeszcze inne doświadczenie spełniające warunek udziału.

Odwołujący 2 podniósł, że zgodnie z pkt 16.2 SWZ ocenie punktowej poddane zostaną wyłącznie oferty wykonawców niepodlegających odrzuceniu, przy czym zgodnie z przepisami – art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP – oferta wykonawcy, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu. Można zatem twierdzić, że jeżeli na etapie przyznawania punktów Zamawiający twierdził, że osoba wskazana przez Odwołującego nie ma wystarczającego doświadczenia, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu, nie powinien - zgodnie z pkt 16.2 SWZ – w ogóle dokonywać oceny oferty, a wcześniej rozstrzygnąć, czy oferta Odwołującego powinna być odrzucona, czy też nie.

W odpowiedzi na odwołanie z 31 października 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ad zarzutu 1

Zamawiający wyjaśnił, że wezwał Konsorcjum Balzola do przedłożenia wyjaśnień (pismo DWZ.26.176.2022.MS L.dz.4663.2023 z dnia 20 października 2023 r.) oraz zwrócił się do inwestora – Tramwajów Śląskich S.A. o wyjaśnienia w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum Balzola przedstawiło wyjaśnienia wraz z dowodami na potwierdzenie spełnienia wymagań, które kwestionuje Odwołujący, z których wynika, iż Pan M.R. posiada doświadczenie w realizacji inwestycji polegającej na przebudowie torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym o łącznej długości ponad 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej.

Dodatkowo z otrzymanej przez Zamawiającego od Tramwajów Śląskich odpowiedzi wynika również wprost, iż długość torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej wykonanego w ramach inwestycji „*przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru) – zadanie nr 5.1*” wyniosła 1001,56 mtp. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący 2 w zarzucie oparł się na dokumencie prywatnym wykonanym na zlecenie ZUE S.A., który wskazuje na rzekomo mniejszą tj. nieprzekraczającą 1000 mtp długość torowiska. Jednakże zdaniem Zamawiającego w świetle udzielonych wyjaśnień Przystępującego (w tym poświadczenia Inwestora – Tramwajów Śląskich S.A.), oraz co najważniejsze stanowiska Tramwajów Śląskich S.A z dnia 26.10.2023 r. wraz z załącznikami, przedstawiony przez Odwołującego 2 dowód jest niewiarygodny, bowiem pomiar udokumentowany ww. dokumentem prywatnym „*został wykonany bez określonej dokładności i wiedzy w jakim celu został wykonany*”, a zatem nie stanowi obiektywnego źródła informacji nt. długości torowiska o konstrukcji bezpodsypkowej.

Zamawiający stoi na stanowisku, że walor rzetelności, obiektywności i wiarygodności posiadają dokumenty wystawione przez Inwestora, co pozwala przypuszczać, że Odwołujący posługuje się własnym dowodem tylko na użytek procesowy w zamiarze mającym podważyć doświadczenie Przystępującego lub wywołać wątpliwości co do tego doświadczenia, co jednak nie może okazać się skuteczne w świetle późniejszych dokumentów wystawionych przez Tramwaje Śląskie S.A.

Mając na uwadze powyższe oraz dostępny materiał dowodowy (w szczególności poświadczenie Inwestora – Tramwajów Śląskich S.A. oraz stanowisko Tramwajów Śląskich S.A z dnia 26.10.2023 r. wraz załącznikami) w

zupełności wystarczający do potwierdzenia faktu posiadania wymaganego doświadczenia przez Pana M.R., Zamawiający wnosi o oddalenie wniosków dowodowych złożonych przez Odwołującego (wskazanych w pkt 10 odwołania), bowiem zmierzają one do przedłużenia postępowania.

Załączony do odpowiedzi na wezwanie dowód pn. „Poświadczenie realizacji zadania” z dnia 2 września 2022 r. wydany przez Tramwaje Śląskie S.A w pkt I.3-7 potwierdza, że długość torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej przekraczała długość 1 000 mtp.

Odnosnie argumentacji, iż torowisko jest zlokalizowane w granicach administracyjnych dwóch miast Zamawiający wskazał, że:

a) wymogiem było nabycie doświadczenia przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsytkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta;

b) wskazany wyżej warunek określa minimalne wymagania i w żadnym wypadku jego brzmienie nie zawęży realizacji inwestycji do granic administracyjnych tylko jednego miasta, zaś Odwołujący dąży do nadania innego znaczenia postawionemu warunkowi i czyni to wbrew jego literalnej treści wskazanej w części I ust. 2 pkt 2 niniejszego pisma;

c) wykazana przez Przystępującego inwestycja została zrealizowana na terenie konurbacji śląskiej składającej się m.in. z dwóch bezpośrednio przylegających do siebie miast tj. Świętochłowic i Rudy Śląskiej, więc tym samym była w całości realizowana w granicach administracyjnych miasta.

Ad zarzutu 2

Zamawiający zaprezentował analogiczne stanowisko co do oceny doświadczenia pana G.N. jak w sprawie o sygn. akt KIO 3074/23 oraz wskazał, co następuje.

Po pierwsze Zamawiający wskazał, że dysponuje dokumentem inwestora GDDKiA oddział Kielce pn. „Zgłoszenie robót niewymagających pozwolenia na budowę” wystawionym przez działającego w imieniu inwestora projektanta. Ten dokument jednoznacznie kwalifikuje referencyjną inwestycję jako remont a nie przebudowę. Co prawda zakres robót jest dosyć rozbudowany i obejmujący różne aspekty prac, jednak wyraźnie całość prac została zakwalifikowana przez projektanta jako remont drogi. Świadczy to wyraźnie o tym, że prace, które mogły stanowić w rozumieniu art. 3 ust. 7a ustawy Prawo budowlane przebudowę były nieznaczne lub też fragmentaryczne, a elementy, które przeważały, stanowiły remont.

Po drugie Zamawiający wyjaśnił, że pozyskał wyjaśnienia GDDKiA dotyczące faktycznej realizacji inwestycji, z których wynika również, że referencyjna inwestycja zawierała zarówno elementy remontu jak i przebudowy, co koreluje z zakresem prac określonym w ww. zgłoszeniu robót. Powyższe zdaniem Zamawiającego świadczy o tym, że całokształt materiału dowodowego, dotyczący zakresu wykonywanych prac, nie pozwala przesądzić w sposób jednoznaczny, że referencyjna inwestycja stanowiła przebudowę lub budowę, jak tego wymagał Zamawiający w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2 w tabeli dot. Podkryterium nr 1.

Najistotniejszym jednak, w ocenie Zamawiającego, w tej sprawie jest fakt, że zgodnie z otrzymanymi od Inwestora informacjami referencyjna inwestycja nie była realizowana w granicach administracyjnych miasta. W ramach udzielonej odpowiedzi, GDDKiA O/Kielce kilkakrotnie wskazała (w pkt 2-6), że „żaden z w/w odcinków starodroża DK7 (obecnie DW735) nie był zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta”.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie dot. wyboru najkorzystniejszej oferty (pismo nr DWZ.26.176.2021.EW.RS L.dz.4490.2023 z dnia 6.10.2023 r.), że doświadczenie wykazane w pozycji II.1 Wykazu osób: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej Etap I od km 0+000 do 22+350 i Etap II od km 22+350 do 24+650” nie spełnia wymogu określonego w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2 w tabeli dot. Podkryterium nr 1.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu 1 i 2 zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ są wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do postępowania odwoławczego toczącego się w sprawie o sygn. akt KIO3074/23 przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZUE spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący ZUE”).

Do postępowania odwoławczego toczącego się w sprawie o sygn. akt KIO 3082/23 przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Balzola Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Lantania SA z siedzibą w Madrycie (dalej: „Przystępujący Balzola”).

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołania Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu spraw miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedziach na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody, tj.:

sygn. akt KIO 3074/23:

- załączniki do odwołania,
- pismo Zamawiającego z 31 października 2023 r. – odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami,
- pismo Przystępującego ZUE z 2 listopada 2023 r.,
- dowód Przystępującego ZUE – oświadczenie z 25 listopada 2019 r. (kopia),
- dowód Przystępującego ZUE – dziennik budowy z 8 stycznia 2020 r., nr 5 2020 r. tom II, strona 045 i 047 (kopia),
- dowód Przystępującego ZUE – dziennik budowy nr 243/2019 r., tom II, strony 56, 58, 60 i 73 (kopia),
- dowód Przystępującego ZUE – protokół odbioru końcowego spisany w dniu 26 lutego 2021 r. (kopia),
- dowód Przystępującego ZUE – umowa zawarta 4 listopada 2019 w Szczecinie (kopia),
- dowód Przystępującego ZUE – pismo z 20 października 2023 r.,
- dowód Przystępującego ZUE – dziennik budowy nr 1421/2020, tom I str.1,2 (kopia),

sygn. akt KIO 3082/23:

- załączniki do odwołania,
- pismo Zamawiającego z 31 października 2023 r. – odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami,
- pismo przystępującego Balzola z 2 listopada 2023 r.,
- pismo Odwołującego 2 z 2 listopada 2023 r.,
- dowód Odwołującego 2 specyfikacje techniczne – kopia
- dowód Odwołującego 2 – pismo z 26 października 2023 r. – kopia
- dowód Odwołującego 2 złożony 13 listopada 2023 r. karty obmiaru wraz ze szkicami geodezyjnymi - kopie,
- dowód Odwołującego 2 złożony 13 listopada 2023 r- dziennik budowy nr 1 z 2018 r., tom I, str. 1 – 29 wraz ze stroną tytułową - kopia
- dowód Odwołującego 2 złożony 13 listopada 2023 r. – zestawienie własne
- dowód P.B. protokół odbioru robót budowlanych nr 24 z 9 sierpnia 2022 r., wraz z wyciągiem z załączników do tego protokołu ukazującym tabelę zbiorczą oraz pozycje 479, 480, 491, 504, wraz z przesłanym drogą mailową załącznikiem ukazującym pozycje 463, 464 i 465,
- dowód P.B. – wydruk mapy z geoportalu,
- dowód Przystępującego Bazola – poświadczona za zgodność z oryginałem kopia wyciągu z PFU sierpień 2014 r.,
- dowód P.B. – wykaz dróg wojewódzkich na obszarze województwa mazowieckiego, wydruk
- dowód Odwołującego 2 wyciąg z załącznika do protokołu odbioru robót budowlanych nr 24 z 9 sierpnia 2022 r.,
- pismo Zamawiającego z 12 listopada 2023 r., wraz z załącznikami,
- pismo P.B. z 13 listopada 2023 r.,
- pismo Zamawiającego z 14 listopada 2023 r.
- pismo Odwołującego 2 z 15 listopada 2023 r. z załącznikami,
- pismo P.B. z 15 listopada 2023 r.,
- pismo P.B. z 16 listopada 2023 r.

#### **Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołań.**

Na podstawie jednolitego tekstu SWZ, Izba ustaliła, że warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do dysponowania potencjałem osobowym w zakresie zespołu budowlanego (kierownik budowy, kierownik robót drogowych), były następujące:

*„5. Warunki udziału w postępowaniu*

*5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:*

*5.1.1. nie podlegają wykluczeniu; (...)*

*5.1.2.2. wykażą, że dysponują następującymi osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego i które posiadają doświadczenie (nabyte w okresie ostatnich 12 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert) oraz uprawnienia w podanych niżej specjalnościach:*

**ZESPÓŁ BUDOWLANY:**

*3) do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika budowy) – 1 osoba, która posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej*

drogowej oraz łącznie co najmniej 36-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji maksymalnie trzech zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności\*\*\*\*\* min. 200 tys., w tym co najmniej 18-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu\*) przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej\*\*\*\* o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności\*\*\*\*\* min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m:

- pełną konstrukcję jezdni,
- skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną\*\*;

4) do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych) – co najmniej 1 osoba, która posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej oraz co najmniej 24-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych\*\*\*, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych\*\*\* przy realizacji maksymalnie dwóch zadań, w tym co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu\*) przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej\*\*\*\*, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta; (...)

UWAGA:

\* doświadczenie przez okres całego kontraktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; Zamawiający nie dopuszcza łączenia doświadczenia zdobytego w tym samym okresie na różnych kontraktach; Zamawiający nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby i łączenia wyżej wskazanych funkcji na Kontrakcie. Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach w tym samym okresie, Zamawiający do oceny uwzględni tylko jeden z nich – najbardziej korzystny dla Wykonawcy;

\*\* 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 powyższej definicji nie jest sygnalizacja kolejowa na przejazdach kolejowych oraz w tunelach metra;

\*\*\* w przypadku, gdy nazwa stanowiska nie będzie odpowiadała nazwie samodzielnej funkcji technicznej wskazanej w przepisach, Zamawiający uzna doświadczenie nabyte na stanowisku kierownika robót torowych lub kierownika robót tramwajowych pod warunkiem wykazania się doświadczeniem wymaganym w warunku, uprawnieniami oraz pełnieniem funkcji potwierdzonym wpisem do dziennika budowy; powyższe wynika z obowiązujących przepisów, zgodnie z którymi robotami wskazanymi w warunku powinna kierować osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej; powyższe dotyczy odpowiednio inspektora nadzoru inwestorskiego;

\*\*\*\* 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);

\*\*\*\*\* przez „liczbę ludności” należy rozumieć stan zaludnienia ogółem w danym mieście według oficjalnych danych Banku danych Lokalnych Głównego Urzędu Statystycznego – podgrupa „ludność w gminach bez miast na prawach powiatu i w miastach na prawach powiatu wg płci” (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej – według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia; ww. stan zaludnienia to stan na dowolny dzień wykonywania roboty budowlanej;

\*\*\*\*\* przez dokumentację projektową należy rozumieć projekt w zakresie niezbędnym do uzyskania ostatecznej decyzji administracyjnej umożliwiającej rozpoczęcie i realizację robót budowlanych lub odpowiednio dokonania skutecznego zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę.

\*\*\*\*\*w przypadku, gdy nazwa stanowiska nie będzie odpowiadała nazwie samodzielnej funkcji technicznej wskazanej w przepisach, Zamawiający uzna doświadczenie nabyte na stanowisku projektanta w branży torowej lub projektanta w branży tramwajowej pod warunkiem wykazania się doświadczeniem oraz uprawnieniami wymaganymi w warunku.

5.1.2.3. Przez ww. uprawnienia budowlane należy rozumieć uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2021, poz. 2351 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (tekst jednolity: Dz.U. z 2023 r., poz. 334 z późn. zm.).”

Ponadto Izba w zakresie kryteriów oceny ofert objętych przedmiotem zaskarżenia, ustaliła:

„16.2.2. w kryterium „Doświadczenie Kierowników” (DK) 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. Punkty zostaną przyznane w następujących podkryteriach:

<b>Podkryterium 1 - Doświadczenie Kierownika budowy (DKb)</b>		
Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika budowy (nabyte w okresie ostatnich 12 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert). Punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą, maksymalna liczba punktów: 3		
Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów
-1-	-2-	-3-
1	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 3	brak pkt
2	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 oraz posiada <u>dodatkowe</u> doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję <b>kierownika budowy lub kierownika robót drogowych</b> przy zrealizowaniu <b>jednej roboty budowlanej*</b> , o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności** min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m: - pełną konstrukcję jezdni, - skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną***, przez okres 18 miesięcy (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu****)	1 pkt
3	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 oraz posiada <u>dodatkowe</u> doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót przy zrealizowaniu <u>dwóch</u> robót budowlanych*, każdej o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności** min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m: - pełną konstrukcję jezdni, - skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną***, przez okres 18 miesięcy (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu****)	3 pkt

UWAGA: Wykonawca wykazując robotę budowlaną na kryterium nie może powielić tej samej roboty budowlanej, którą wykazuje na potwierdzenie posiadania doświadczenia wymaganego w pkt 5.1.2.2 ppkt 3

\* 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);

\*\* przez „liczbę ludności” należy rozumieć stan zaludnienia ogółem w danym mieście według oficjalnych danych Banku danych Lokalnych Głównego Urzędu Statystycznego – podgrupa „ludność w gminach bez miast na prawach powiatu i w miastach na prawach powiatu wg płci” (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej – według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia; ww. stan zaludnienia to stan na dowolny dzień wykonywania roboty budowlanej;

\*\*\* 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 powyższej definicji nie jest sygnalizacja kolejowa na przejazdach kolejowych oraz w tunelach metra;

\*\*\*\* doświadczenie przez okres całego kontaktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; Zamawiający nie dopuszcza łączenia doświadczenia zdobytego w tym samym okresie na różnych kontraktach; Zamawiający nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby i łączenia wyżej wskazanych funkcji na Kontrakcie. Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach w tym samym okresie, Zamawiający do oceny uwzględni tylko jeden z nich – najbardziej korzystny dla Wykonawcy.

#### **Podkryterium2 – Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd)**

Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych (nabyte w okresie ostatnich 12 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert). Punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą, maksymalna liczba punktów: 2

Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów
-1-	-2-	-3-
1	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 4	brak pkt
2	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 oraz posiada <u>dodatkowe</u> doświadczenie zdobyte pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych*, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych* przy zrealizowaniu <u>jednej</u> roboty budowlanej**, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres 12 miesięcy (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu***)	1 pkt

3	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt5.1.2.2 ppkt 4 oraz posiada <u>dotatkowe</u> doświadczenie zdobyte pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych*, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych* przy zrealizowaniu <u>dwóch</u> robót budowlanych**, których przedmiotem każdej była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres 12 miesięcy, przez okres 12 miesięcy na każdej (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu***)	2 pkt
<p><u>UWAGA: Wykonawca wykazując robotę budowlaną na kryterium nie może powielić tej samej roboty budowlanej, którą wykazuje na potwierdzenie posiadania doświadczenia wymaganego w pkt 5.1.2.2 ppkt 4</u></p> <p>* w przypadku, gdy nazwa stanowiska nie będzie odpowiadała nazwie samodzielnej funkcji technicznej wskazanej w przepisach Zamawiający uzna doświadczenie nabyte na stanowisku kierownika robót torowych lub kierownika robót tramwajowych pod warunkiem wykazania się doświadczeniem wymaganym w warunku, uprawnieniami oraz pełnieniem funkcji potwierdzonym wpisem do dziennika budowy; powyższe wynika z obowiązujących przepisów, zgodnie z którymi robotami wskazanymi w warunku powinna kierować osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej; powyższe dotyczy odpowiednio inspektora nadzoru inwestorskiego;</p> <p>** 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);</p> <p>*** doświadczenie przez okres całego kontaktu należy rozumieć jako doświadczenie przez okres <u>realizacji</u> całego kontraktu; Zamawiający nie dopuszcza łączenia doświadczenia zdobytego w tym samym okresie na różnych kontraktach; Zamawiający nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby i łączenia wyżej wskazanych funkcji na Kontrakcie. Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku inwestycjach w tym samym okresie, Zamawiający do oceny uwzględni tylko jeden z nich – najbardziej korzystny dla Wykonawcy.</p>		

16.3. 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 załączy do oferty wyżej wymienionego Załącznika nr 2, w kryterium „Doświadczenie Kierowników” otrzyma 0 pkt.

16.4. Zamawiający zastrzega, 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 może skutkować zaniechaniem przyznania dodatkowych punktów. Zamawiający nie przewiduje możliwości samodzielnego pozyskania niezbędnych informacji na podstawie posiadanych dokumentów, przy czym może weryfikować przedstawione informacje.

16.5. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Wykazu osób w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierowników” o dodatkowe osoby lub zadania lub dokonywać ich zmiany.

16.6. Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w 125 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” - podkryteria, o których mowa w pkt 16.2.2 - wówczas Zamawiający w ramach tych podkryteriów nie przyzna punktów.

16.7. Wykonawca w ramach kryterium „Doświadczenie osób” może wskazać tylko jedną osobę do pełnienia funkcji określonej w danym podkryterium, o którym mowa w pkt 16.2.2. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże więcej niż 1 osobę do pełnienia danej funkcji, Zamawiający ocenić będzie jedynie tę osobę, która została wskazana jako pierwsza w kolejności.”

6 października 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny złożonych ofert, wskazując m.in., że:

Odwolujący 1 – cena – 94,25 pkt; Kierownik budowy 1 pkt - Zamawiający przyznał punkty za wszystkie wykazane prace, Kierownik robót drogowych 2 pkt - Zamawiający przyznał punkty za wszystkie wykazane prace, razem 3; łączna liczba punktów: 97,25 – oferta wybrana jako najkorzystniejsza,

Odwolujący 2 – cena: 95,00 pkt; Kierownik budowy 0 pkt - Zamawiający nie przyznał punktów za doświadczenie wykazane w pozycji II.1 Wykazu osób: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej Etap I od km 0+000 do 22+350 i Etap II od km 22+350 do 24+650”, ponieważ zakres robót zrealizowany w ramach ww. inwestycji w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności min. 200 tys. obejmował pełną wymianę konstrukcji nawierzchni starodroża drogi DK7 łącznie ze wzmocnieniem podłoża (jeśli zachodziła taka konieczność) i był realizowany w oparciu o zgłoszenie robót do odpowiedniego organu architektoniczno-budowlanego, a więc w rozumieniu ustawy Prawo budowlane był to remont, a Zamawiający wymagał, aby robota budowlana obejmowała budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) pełnej konstrukcji jezdni.

Ponadto doświadczenie (na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) przedstawione w poz. I.4 Wykazu osób: „Budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Żelazna, 1 Maja, Zagnańska wraz z przebudową Ronda im. Gustawa Herlinga Grudzińskiego” nie potwierdza wymaganego okresu 36 miesięcy (w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, który upłynął w dniu 21.07.2023 r.) – p. G.N. nabył doświadczenie na tej inwestycji w okresie 4.05.2011 r. – 30.05.2014 r., Kierownik robót drogowych 2 pkt - Zamawiający przyznał punkty za wszystkie wykazane prace, razem 2 pkt; łącznie 97,00 pkt.

**Ponadto, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

**sygn. akt KIO 3074/23**

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 126 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta Przystępującego ZUE podlega ocenie w ramach w kryterium „Doświadczenie Kierowników” – Podkryterium 1 - Doświadczenie Kierownika budowy (DKb), na które to stanowisko wskazano Pana G.N. pomimo, że Przystępujący ZUE nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 rozdziału I SWZ, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Przystępującego ZUE do uzupełnienia Wykazu osób, stanowiącego podstawę oceny w ramach kryterium oceny oraz jednocześnie podmiotowy środek dowodowy w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Zarzut podlega oddaleniu jako bezzasadny.

Po pierwsze, jak wynika z treści uzasadnienia czynności z 6 października 2023 r. odnoszącego się do oceny oferty Przystępującego ZUE w zakresie doświadczenia pana G.N. wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika budowy w ramach kryterium oceny ofert, Zamawiający wskazał: „Zamawiający nie przyznał punktów za doświadczenie wykazane w pozycji II.1 Wykazu osób: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej Etap I od km 0+000 do 22+350 i Etap II od km 22+350 do 24+650”, ponieważ zakres robót zrealizowany w ramach ww. inwestycji w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności min. 200 tys. obejmował pełną wymianę konstrukcji nawierzchni starodroża drogi DK7 łącznie ze wzmocnieniem podłoża (jeśli zachodziła taka konieczność) i był realizowany w oparciu o zgłoszenie robót do odpowiedniego organu architektoniczno-budowlanego, a więc w rozumieniu ustawy Prawo budowlane był to remont, a Zamawiający wymagał, aby robota budowlana obejmowała budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) pełnej konstrukcji jezdni.”

Zamawiający ponadto ocenił, że doświadczenie ww. osoby wskazane w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu: „Ponadto doświadczenie (na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) przedstawione w poz. I.4 Wykazu osób: „Budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Żelazna, 1 Maja, Zagnańska wraz z przebudową Ronda im. Gustawa Herlinga Grudzińskiego” nie potwierdza wymaganego okresu 36 miesięcy (w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, który upłynął w dniu 21.07.2023 r.) – p. G.N. nabył doświadczenie na tej inwestycji w okresie 4.05.2011 r. – 30.05.2014 r.”

Zatem Zamawiający dokonał oceny obu inwestycji, wskazanych na obie okoliczności tj. na spełnienie warunku udziału w postępowaniu i uzyskaniu punktów w ramach kryterium oceny ofert i uznał, że żadna z tych inwestycji nie wpisuje się odpowiednio w warunek i kryterium.

Po drugie, w zakresie podniesionym przez Odwołującego 1 w treści zarzutu, jakoby p. G.N. nie spełniał warunku udziału

w postępowaniu z uwagi na zaniechanie wykazania się doświadczeniem w realizacji inwestycji spełniającej wymóg lokalizacji „w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności \*\*\*\*\* min. 200 tys.,” Izba wskazuje, że nie podziela zaprezentowanego przez Odwołującego 1 kierunku interpretacji spornego fragmentu opisu warunku. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. W ocenie Izby zaprezentowana przez Odwołującego 1 interpretacja, zgodnie z którą sformułowanie „stan na dowolny dzień” oznacza, że w przypadku badania liczby ludności w dowolnie wybranym dniu w okresie realizacji roboty budowlanej przez kierownika budowy, stan ten powinien wynosić min. 200 tysięcy mieszkańców, jest wykładnią zawężającą. Odwołujący 1 zdaje się nie dostrzegać, że Zamawiający wyjaśnił w treści SWZ, iż przez „liczbę ludności” należy rozumieć stan zaludnienia ogółem w danym mieście według oficjalnych danych Banku danych Lokalnych Głównego Urzędu Statystycznego – podgrupa „ludność w gminach bez miast na prawach powiatu i w miastach na prawach powiatu wg płci” (a w przypadku doświadczenia zdobytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej – według oficjalnych danych statystycznych właściwych dla danego kraju), przypadający dla okresu doświadczenia, jakim legitymuje się osoba wskazana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia; ww. stan zaludnienia to stan na dowolny dzień wykonywania roboty budowlanej;”

W ocenie Izby z powyższego należy wywieść, że niezależnie od tego, na który dzień przypadający na czas wykonywania roboty budowlanej, liczba ludności w danym mieście wg. danych GUS (bądź innego organu w przypadku prac wykonywanych za granicą) osiągnie wartość min. 200 tysięcy mieszkańców, warunek zostanie uznany za spełniony. Interpretacja przedstawiona przez Odwołującego 1 byłaby uprawniona, gdyby Zamawiający w opisie warunku wskazał np. „w każdym dniu wykonywania roboty budowlanej” albo „liczba ludności min. 200 tysięcy musi się utrzymywać przez cały okres przypadający na realizację roboty budowlanej”, co jednak nie miało miejsca w tym postępowaniu.

Reasumując ww. zarzut został oddalony po pierwsze, z uwagi na dokonaną ocenę oferty Przystępującego ZUE w zakresie warunku udziału w postępowaniu, czemu Zamawiający dał wyraz w treści uzasadnienia czynności z 6 października 2023 r. (brak wpływu na wynik) oraz po drugie, z uwagi na jego bezzasadność.

Ad zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 126 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta Przystępującego ZUE podlega ocenie w kryterium „Doświadczenie Kierowników” – Podkryterium 2 – Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd), na które wskazano Pana M.B. mimo, że Przystępujący ZUE nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 rozdziału I SWZ, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum ZUE do uzupełnienia Wykazu osób

Zarzut podlegał oddaleniu z następujących powodów. Przedstawiony przez Przystępującego ZUE materiał dowodowy w postaci wyciągów z dokumentacji powykonawczej załączony do pisma procesowego z 2 listopada 2023 r. potwierdza, że podane przez Przystępującego ZUE daty, w jakich p. M.B. pełnił funkcje są w okolicznościach tej sprawy prawidłowe.

Przystępujący ZUE wskazał w treści wykazu osób, że Pan M.B. pełnił funkcję kierownika budowy na zadaniu „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną w węźle Wyszyńskiego oraz placu Szarych Szeregów w Szczecinie” w terminie od 25.11.2019 do 27.01.2021 r. Materiał dowody przedstawiony przez Przystępującego ZUE, tj. wyciąg z dokumentacji powykonawczej, dziennik budowy nr 243/2019 tom II wydany 30 grudnia 2019 potwierdza, że ww. osoba pełniła na tym zadaniu taką funkcję i przejęła obowiązki 25 listopada 2019 r., natomiast data wydania placu budowy to 14 stycznia 2020 r. Natomiast z protokołu zakończenia odbioru końcowego spisane 26 lutego 2021 r. wynika, że w realiach spornej inwestycji, zgodnie z umową dniem wykonania przedmiotu umowy w całości jest dzień doręczenia zamawiającemu pisemnego zawiadomienia o wykonaniu przedmiotu umowy w całości i gotowości do odbioru końcowego, co jak wynika z dowodów miało miejsce 27 stycznia 2021 r.

Ponadto wskazano inwestycję „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła),” na której ww. osoba pełniła funkcję kierownika robót branży drogowej od 4 lutego 2021 r. do chwili obecnej. Z przedstawionego przez Przystępującego ZUE dowodu – kopii dziennika budowy nr 1421/2020 tom I, z dnia 2 grudnia 2020 r., wynika że pan M.B. objął funkcję kierownika robót drogowych 4 lutego 2021 r.

W ocenie Izby powołanie takich ram czasowych ma uzasadnienie w treści dokumentacji tego zamówienia, gdzie Zamawiający wskazał, że chodzi o pełnienie funkcji. W ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie, że pełnienie funkcji powinno być liczone od jej przyjęcia. Powyższe nie ma jednak aż tak istotnego znaczenia w okolicznościach tej sprawy, ponieważ bez względu na sposób przyjęcia dat, od których powinien być liczony okres pełnienia funkcji, wskazana przez Przystępującego ZUE osoba spełnia warunek, jak wykazali to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz Przystępujący ZUE w swoim piśmie procesowym z 2 listopada 2023 r. Ponadto w ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy prawidłowa jest interpretacja spornego postanowienia SWZ zaprezentowana przez Zamawiającego i Przystępującego ZUE, zgodnie z którą celem było zaniechanie podwójnego zaliczania doświadczenia wynikającego z okresów na siebie nachodzących. Istotne znaczenie ma brzmienie całego postanowienia, a nie tylko ostatniego zdania na które powołuje się Odwołujący 1. Zamawiający bowiem wskazał „doświadczenie przez okres całego kontraktu należy

rozumieć jako doświadczenie przez okres realizacji całego kontraktu; Zamawiający nie dopuszcza łączenia doświadczenia zdobytego w tym samym okresie na różnych kontraktach; Zamawiający nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby i łączenia wyżej wskazanych funkcji na Kontrakcie. Jeżeli osoba pełniła funkcję na kilku kontraktach w tym samym okresie, Zamawiający do oceny uwzględni tylko jeden z nich – najbardziej korzystny dla Wykonawcy.”

Z tych względów zarzut został oddalony.

#### **sygn. akt KIO 3082/23**

Izba stwierdziła, iż odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Ad zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy 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 Przystępującemu Balzola maksymalnej liczby 2 punktów w ramach „Doświadczenie Kierowników (DK) Podkryterium nr 2 – „Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd) zamiast 1 punktu.

Istota zarzutu sprowadza się do twierdzenia, że Przystępujący Balzola w kryterium „Doświadczenie Kierowników (DK) Podkryterium nr 2 – „Doświadczenie Kierowania robót drogowych (DKrd) zamiast 2 punktów powinien otrzymać 1 pkt, ponieważ doświadczenie nabyte na zadaniu pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ulicy Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru) – (zadanie nr 5.1) zrealizowanym dla inwestora – Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie, wykazane dla osoby wskazanej do pełnienia tej funkcji, tj. pana M.R. nie spełnia wymagania opisanego w treści rozdziału I SWZ pkt 16.2.2 Podkryterium 2, zgodnie z którym:

„wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 oraz posiada dodatkowe doświadczenie zdobyte pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych\*, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych\* przy zrealizowaniu dwóch robót budowlanych\*\*, których przedmiotem każdej była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsytkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres 12 miesięcy, przez okres 12 miesięcy na każdej (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu\*\*\*)”;

w przypadku spełnienia powyższego wymogu, wykonawca otrzymywał 2 punkty.

Odwołujący 2 zakwestionował po pierwsze, spełnienie wymogu co do wymaganej łącznej długości torowiska wykonanego w konstrukcji bezpodsytkowej wraz z rozjazdem o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, wskazując że łączna długość wykonanego torowiska na przywołanej przez P.B. ww. inwestycji wynosiła mniej niż 1000 mtp, co Odwołujący 2 wywodzi z uzyskanej od geodety uczestniczącego w realizacji zadania informacji, zgodnie z którą faktycznie zrealizowano torowisko wpisujące się w kryterium, lecz o długości 997,44 mtp oraz po drugie, zakwestionował spełnienie przez ww. inwestycję wymogu w zakresie zlokalizowania inwestycji „w granicach administracyjnych miasta”.

#### Długość torowiska

W celu wykazania zasadności tej części zarzutu, Odwołujący 2 załączył do odwołania dowód, tj. „Sprawozdanie z pomiarów dotyczących zakresu torowiska tramwajowego w konstrukcji bezpodsytkowej” z 16 października 2023 r., z którego wynika, że łączna suma torowiska tramwajowego w konstrukcji bezpodsytkowej wykonanej na spornym zadaniu wynosi 997,44 mtp podpisane przez geodetę W.Ż. z firmy Avgeo sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie oraz „Oświadczenie” z 25 kwietnia 2022 r., z którego wynika że ww. podmiot realizował na spornym zadaniu prace geodezyjne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że w związku z ww. zarzutem zwrócił się do P.B. pismem z 20 października 2023 r. z wezwaniem do zajęcia stanowiska wobec ww. zarzutu w tym jednoznaczne potwierdzenia długości zrealizowanego torowiska na spornym zadaniu. W odpowiedzi przesłanej pismem z 24 października 2023 r. Przystępujący Balzola powołał się na „Poświadczenie realizacji zadania” z 2 września 2022 r. (znak DI/JRP-B/0961/22), w którym zostały podane następujące wartości w pkt 1.3 - 7:

- torowisko tramwajowe bezpodsytkowe w technologii szyny pływającej (szyny 49E1 na płytach torowych) – 713,73 m (vide pkt 1 ppkt 3, str. 2),
- torowisko tramwajowe bezpodsytkowe w technologii szyny pływającej (szyny 60R2 na płytach torowych) – 35,04 m (vide pkt 1 ppkt 4, str. 2),
- torowisko tramwajowe bezpodsytkowe w technologii podlewu ciągłego (szyny 60R2 gat. Stali R260) - 0,117 km (vide pkt 1 ppkt 5, str. 2),
- torowisko tramwajowe bezpodsytkowe w technologii podlewu punktowego (szyny 60R2 gat. Stali R260) – 0,050 km (vide pkt 1 ppkt 6, str. 2),
- rozjazd tramwajowy jednotorowy pojedynczy w technologii podlewu ciągłego (szyny tramwajowe 60R2) – 134,56 mtp (vide pkt 1 ppkt 7, str. 2).

Przystępujący Balzola wskazał również: „Ponadto, wiarygodność danych wskazanych w Poświadczeniu, wzmacnia fakt, iż w zakresie ww. inwestycji roboty budowlane przeprowadzane były w formule obmiarowej, co oznacza, że Zamawiający rozliczał się z Wykonawcą biorąc pod uwagę rzeczywiście wykonane prace, w tym dotyczące wykonania

torowiska tramwajowego bezpodсыpkowego. W tym celu zrealizowane odcinki linii tramwajowej były szczegółowo weryfikowane przez Zamawiającego, ponieważ dane te stanowiły kluczowy element dla obliczenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a dane te zostały potwierdzone w poświadczeniu wystawionym przez Tramwaje Śląskie S.A. Zarzut odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez Odwołującego został oparty na sprawozdaniu z pomiarów geodezyjnych na ww. inwestycji i na jego podstawie Odwołujący twierdzi, że długość torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodсыpkowej wykonanego w ramach inwestycji nie przekracza 1000 mtp. Sprawozdanie z pomiarów geodezyjnych, które zostało powołane jako dowód w odwołaniu jest datowane na dzień 16 października 2023 r., a więc dzień wniesienia odwołania. Nie ulega wątpliwości, że dowód został sporządzony wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego, pod z góry założoną tezę, a zatem nie stanowi on wiarygodnego, rzetelnego, a przede wszystkim obiektywnego źródła informacji nt. długości torowiska o konstrukcji bezpodсыpkowej.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał też, że zwrócił się do inwestora, tj. Tramwajów Śląskich mailem z 20 października 2023 r. z prośbą o podanie informacji na temat „liczby metrów toru pojedynczego przebudowy torowiska tramwajowego w konstrukcji bezpodсыpkowej, zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, wykonanej w ramach realizacji ww. inwestycji (tj. spornej inwestycji, przyp. KIO)”. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że ww. informacja jest niezbędna w celu dokonania oceny w ramach kryterium oceny ofert, a także w związku z odwołaniem wniesionym do KIO.

Pismem z 26 października 2023 r. (znak DI/JRP-B/0960/23) Tramwaje Śląskie (dalej również „Inwestor”) wskazał, że „długość torowiska tramwajowego w technologii bezpodсыpkowej wykonanego w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ul. Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 5.1, wynosi 1001,56 mtp.” Ponadto Inwestor wskazał, że: „na skutek omyłki powstałej przy sporządzaniu dokumentacji powykonawczej przez wykonawcę ww. zadania inwestycyjnego tj. konsorcjum firm: Spec-Bruk Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu, SPAW-TOR Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie, PROGREG BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej łącznie jako „Wykonawca”), o której Spółka powzięła wiedzę dopiero w dniu 26 października 2023 r., wskazana została w niej nieprawidłowa długość torowiska tramwajowego wykonanego w technologii bezpodсыpkowej tj. 1050,33 mtp zamiast 1001,56 mtp. Na skutek ww. omyłki Spółka udzielając referencji Wykonawcy, jak również udzielając informacji publicznej na wniosek spółki ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie oraz NDI S.A z siedzibą w Sopotcie, wskazała w tych dokumentach nieprawidłową długość torowiska tramwajowego wykonanego w technologii bezpodсыpkowej w ramach tego zadania inwestycyjnego. Spółka poinformuje niezwłocznie ww. podmioty o zaistniałej omyłce w długości torowiska tramwajowego w technologii bezpodсыpkowej. W załączeniu przesyłamy kopię notatki sporządzonej przez Spółkę i spółkę Avgeo sp. z o.o. w dniu 26 października 2023 r. oraz pismo Wykonawcy z dnia 26 października 2023 r., które potwierdzają zaistnienie ww. omyłki i prawidłową długość torowiska tramwajowego w technologii bezpodсыpkowej na 1001,56 mtp.”

Do ww. pisma została załączona notatka z 26 października 2023 r oraz pismo wykonawcy z 26 października 2023 r.

Wykonawca Konsorcjum firm SPEC BRUK Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu, SPAW- TOR Sp. z o.o. Sp. k. : siedzibą w Krakowie i PROGREG BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w odpowiedzi na pismo DI/JRP/B/0953/23 z dnia 25.10.2023r. przesłało pismem z 26 października 2023 r. odpowiedź Partnera Konsorcjum firmy SPAW- TOR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie odpowiedzialnego zgodnie z Umową Konsorcjum za przedmiotowy zakres.

W piśmie SPAW-TOR sp. z o.o. sp.k. z 26 października 2023 r. (znak 343/10/2023/PO) złożonym w nawiązaniu do ww. pisma Inwestora z 26 października 2023 r. (znak DI/JRP-B/0960/23), podmiot ten wskazał:

„1. Ilości zawarte w Końcowym Rozliczeniu Wykonawcy są zgodne ze szkicami geodezyjnymi załączonymi do Kart Obmiaru w poszczególnych okresach rozliczeniowych w ujęciu zgodnym z obowiązującymi na kontrakcie jednostkami obmiarowymi i zasadami zaokrąglania liczb algebraicznych,

2. W dokumentacji Powykonawczej omyłkowo ujęto w ramach toru bezpodсыpkowego torowisko na dojazdach do obiektu mostowego, wykonane w konstrukcji podсыpkowej na podkładach strunobetonowych w ilości 0,050 kmtp,

3. W toku realizacji kontraktu rozliczono tor w konstrukcji bezpodсыpkowej w ilościach (dla obowiązujących jednostek obmiarowych):

- Dla poz. 479 „Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów – szyny 60R2” – 0,035 kmtp,
- Dla poz. 480 „Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów – szyny 49E1” – 0,715 kmtp,
- Dla poz. 491 „Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów/tor na odcinkach prostych i łukach  $R > 50,0$  m – szyny 60R R260” – 0,117 kmtp,
- Dla poz. 504 „Układ. Rozjazdów jednotor. Pojedynczych bez pokładów z krzyżownicami bloków .i końcówk.z szyn tramwajów.o szer.toru1435 mm” – 134,56 mtp.

Łącznie:  $0,035+0,715+0,117+0,13456=1,00156$  kmtp

W związku z okolicznościami opisanymi w pkt. 2 niniejszego pisma w ocenie Partnera Konsorcjum zachodzi konieczność dokonania korekty Dokumentacji Powykonawczej w części opisowej dotyczącej zakresu rzeczowego. (...)”. Z treści pisma wynika też, że załącznikiem nr 1 są „szkice geodezyjne potwierdzające wykonanie ilości torowiska w konstrukcji bezpodsypkowej (pkt. 3)”. Zamawiający nie przedstawił tych szkiców z odpowiedzią na odwołanie. Odwołujący na tym etapie postępowania również nie przedstawił takiego dowodu.

Z „Notatki ze spotkania w dniu 26 października 2023 r. w sprawie rozbieżności torowiska bezpodsypkowego w długości zrealizowanego w ramach zadania pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ul. Chorzowskiej do ul. Karola Goduki w Rudzie Śląskiej” wynika m.in., że:

„(...)2. Obecny na spotkaniu, p. W.Ż. z firmy AVGEO Sp. z o.o. (zwany dalej: geodeta), wyjaśnił rozbieżności wynikające z pomiarów pomiędzy dokumentacją sprzedażową zadania 5.1, a sprawozdaniem z dn. 16 października 2023 r. przesłanego w ramach informacji publicznej.

Rozbieżności wynikają z faktu, iż operaty geodezyjne sporządzone w ramach zadania 5.1 wykonane były w oparciu o osnowę realizacyjną założoną dla przedmiotowego zadania (pomiar tachymetryczny) instrumentem Leica TS10 1”, natomiast pomiar dla sprawozdania z dnia 16 października 2023 r. został wykonany metodą GPS instrumentem TOPCON HIPER VR o dokładności X/Y +/- 3 cm dla 128 punktów pomiarowych.

Pomiar wykonany w ramach osnowy realizacyjnej jest dokładniejszy.

(...)

4. W ramach referencji (dokumentacji powykonawczej) omyłkowo w ramach toru bezpodsypkowego ujęto torowisko na dojazdach do obiektu mostowego wykonane w konstrukcji podsypkowej na podkładach strunobetonowych w ilości 0,050 kmtp.

5. Geodeta oświadczył, że pomiary na potrzeby sprawozdania z dnia 16 października 2023 roku wykonano przez pracowników firmy zewnętrznej ZUE S.A. Geodeta, który prowadził obsługę geodezyjną w trakcie realizacji zadania 5.1, weryfikował je pod kątem zgodności ze stanem faktycznym bez określonej dokładności i wiedzy w jakim celu pomiar został wykonany.

6. Przedstawiciel spółki Tramwaje Śląskie S.A. poinformował, że pomiary i prace odkrywkowe na potrzeby sprawozdania z dnia 16 października 2023 roku zostały wykonane bez wiedzy i uzgodnienia z zarządcą infrastruktury tramwajowej.”

Izba ustaliła, że treść pkt 3 ww. notatki jest tożsama z treścią pkt 3 w piśmie SPAW-TOR z 26 października 2023 r.

Następnie Przystępujący Balzola w piśmie procesowym z 2 listopada 2023 r. wskazał, że sprawozdaniu z 16 października 2023 r., na które powołuje się Odwołujący 2 nie można przyznać waloru obiektywności, ponieważ zostało ono sporządzone w dniu złożenia odwołania, na potrzeby postępowania odwoławczego, poza tym nie wykorzystano przy tym pomiarów już dokonanych, tylko dokonano ponownych pomiarów oraz ponownych obliczeń (vide pkt 1.5 pisma z 2 listopada 2023 r.). Wobec powyższego, Przystępujący Balzola podniósł, że argumentacja Odwołującego 2 nie ma obiektywnego charakteru (vide pkt 1.6 pisma z 2 listopada 2023 r.) oraz że dowodem odzwierciedlającym faktyczną długość torowiska jest Protokół Odbioru Robót Budowlanych – rozliczenie końcowe, podpisane przez osoby reprezentujące Zamawiającego, w dniu 9 listopada 2022 r.. Zdaniem P.B. wskazane tam dane przedstawiają pomiary faktycznie wykonanych robót, w tym długości torowiska na potrzeby rozliczenia z wykonawcą (vide pkt 1.8 pisma z 2 listopada 2023 r.).

Przystępujący w ww. piśmie, w pkt 1.9 wskazał, że na potrzeby ustalenia długości torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej należy wziąć pod uwagę następujące pozycje z ww. protokołu:

- poz. 479 „Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładu – szyny 60R2” – 35,00 mtp,
- poz. 480 „Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładu – szyny 49E1” – 715,00 mtp,
- poz. 491 „Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładu/ tor na odcinkach prostych i łukach  $R>50,0m$  0 szyny 60R2 R260” - 117,00 mtp,
- poz. 504 „Układ. rozjazdów jednotor. pojedynczych bez podkładów z krzyżownicami bloków i końcówek. z szyn tramwajow. o szer. toru 1435 mm” – 134,56 mtp.

Suma powyższych pozycji to 1001,56 mtp.

Izba ustaliła, że powyższe twierdzenie Przystępującego jest tożsame z treścią pkt 3 z pisma SPAW – TOR z 26 października 2023 r. różnica jest tylko w jednostkach miar, jakimi posługują się autorzy obu pism.

W pkt 1.11 pisma Przystępujący Balzola podkreślił, że długość torowiska wynikająca z protokołu została obliczona na potrzeby rozliczenia spornej inwestycji, gdyż zadanie to było realizowane w formule obmiarowej. tj. wartości przekładały

się na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Załączony do ww. pisma dowód w postaci protokołu odbioru robót budowlanych nr 24, rozliczenie końcowe nie obrazuje pełnej treści załącznika „*tabela szczegółowa*”, lecz Przystępujący zaprezentował wybrane pozycje, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, tj. poz. 479, 480, 491 i 504 i wskazał, że istotna jest kolumna „*na koniec okresu rozliczeniowego*”, która wskazuje faktycznie wykonane roboty tj. odpowiednio wartości 0,035; 0,715; 0,117; 134,560.

Odwołujący 2 w piśmie procesowym z 2 listopada 2023 r. zwrócił uwagę na nieścisłości w zakresie spornych danych stanowiących podstawę obliczenia długości torów w informacjach pochodzących od Inwestora i przedstawił tabelaryczne porównanie, z którego wynika, że bazując na danych wskazanych w poświadczeniu z 2 września 2022 r. ich suma to 1000,33 m, na podstawie danych zawartych w notatce z 26 października 2023 r. suma to 1001,56 m, natomiast zdaniem Odwołującego długość toru wynosi 997,440 m.

Ponadto Odwołujący 2 celem wykazania, że właściwą jednostką miary jest metr, złożył z ww. pismem dowód w postaci Specyfikacji technicznej T.11.00.01 nawierzchnia tramwajowa wymagania ogólne, gdzie w pkt 7. Obmiar robót, wskazano, że „*Jednostką obiadową jest metr bieżący (mtp) toru pojedynczego*” (str. 124) oraz dowód w postaci Specyfikacji technicznej T 11.00.03, T.11.00.06, gdzie w pkt „*Obmiar robót*” wskazano „*Układanie szyn w płytach torowych – 1m długości toru*”, a także specyfikację techniczną T.11.00.02, gdzie w pkt 19 Postawa płatności wskazano „*Cena 1 m bieżącego toru z rowkowych na podkładach strunobetonowych obejmuje: (...)*”.

Przystępujący Balzola w odniesieniu do powyższego stanowiska złożył dowód, tj. poz. 463, 464, 465 z protokołu odbioru końcowego w celu wykazania, że wartość 713,73 to suma poz. 463 „*Nawierzchnia z płyt żelbetowych dla „szyny pływającej” (prefabrykowanych) w torowiskach tramwajowych o prześwicie 1435 mm w liniach jednotorowych/ Układanie płyt torowych o wymiarach 2.20 m x 2.98 m dla szyny 49E1- szyny 49E1*” – 613,160 m oraz poz. 465 „*Nawierzchnia z płyt żelbetowych dla „szyny pływającej” (prefabrykowanych) w torowiskach tramwajowych o prześwicie 1435 mm w liniach jednotorowych/ Układanie płyt torowych o wymiarach 2.20x1.46m – szyny 49E1*” – 100,570 m.

Następnie Zamawiający pismem z 12 listopada 2023 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu 1 z uwagi na otrzymane stanowisko Inwestora z 9 listopada 2023 r., z którego wynika, że długość toru to 999,50 mtp.

Zamawiający złożył wraz z ww. pismem pismo Inwestora z 9 listopada 2023 r., w treści którego Inwestor wskazał, że w wyniku doprecyzowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SPAW – TOR sp. z o.o. sp. k., Spec – Bruk sp. z o.o. oraz PROGREG BUDOWNICTWO sp. z o.o., długość torowiska tramwajowego technologii bezpodsypkowej wynosi 999,50 mtp. Inwestor wyjaśnił przy tym, że wcześniej podawana przez niego wartość 1001,56 mtp nie uwzględniała wyłącznie wartości faktycznie wykonanego torowiska w tej technologii ale również wartość wynikającą z zaokrąglenia długości wykonanego torowiska w technologii bezpodsypkowej w metrach toru pojedynczego do przyjętej w ramach rozliczenia umowy jednostki rozliczeniowej dla pozycji przedmiarowej tj. kilometra toru pojedynczego. Inwestor przesłał Zamawiającemu ponadto skorygowany zakres rzeczowy z dokumentacji powykonawczej oraz szkice geodezyjne, a także pismom wykonawcy.

W piśmie z 14 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał analizy własnej ww. dowodów i opisał, które pozycje i w jaki sposób zostały zaokrąglone.

Mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy opisany wyżej, Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut odwołania, polegający na twierdzeniu, że Przystępujący Balzola nie powinien otrzymać 2 punktów w spornym kryterium oceny ofert z uwagi na okoliczność, że sporna inwestycja nie polegała na budowie torowiska o długości 1000 mtp lecz na budowie torowiska o długości 997,44 mtp nie potwierdził się, z uwagi na okoliczność, że dowód z którego Odwołujący 2 wywodził zasadność zarzutu nie okazał się w ocenie Izby wiarygodny. W tym zakresie Izba wskazuje na oświadczenia zawarte w notatce z 26 października 2023 r., a także na okoliczność, iż pierwotnie Odwołujący 2 przedstawił ten dowód jako pochodzący od geodety, a dopiero w toku postępowania odwoławczego przyznał, że sam wykonał pomiary natomiast geodeta tylko je podpisał. Niewątpliwie również rację ma Przystępujący Balzola, że Odwołujący 2 oparł zarzut jedynie na pomiarach własnych, w ogóle nie kwestionując przy tym dokumentacji spornego postępowania. Twierdzenia takie pojawiły się dopiero w piśmie z 2 listopada 2023 r., w związku z dowodami przedstawionymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Twierdzenia Odwołującego 2 odnoszące się do zaokrąglenia wartości stanowiących podstawę wyliczenia długości torowiska w technologii bezpodsypkowej przyjętego na potrzeby rozliczenia spornej inwestycji, a w konsekwencji twierdzenia odnoszące się do wykazania różnicy w długości faktycznie wykonanego torowiska od wartości przyjętych na potrzeby rozliczenia inwestycji, a także twierdzenia zmierzające do wykazania, że jednostką rozliczeniową jest metr, a nie kilometr, Izba oceniła jako wykraczające poza granice określone zarzutami odwołania. Ponadto dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący 2 nie sprostał ciężarowi dowodu, gdyż nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu w celu wykazania swoich twierdzeń.

Niezależnie od powyższego nie sposób jednak pominąć, że przedmiotowa sprawa odwoławcza miała bardzo dynamiczny przebieg w zakresie postępowania dowodowego, w szczególności po stronie Zamawiającego, który przedstawił materiał dowodowy będący podstawą uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w omawianym

zakresie. W ocenie Izby 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.

W tym miejscu podkreślić i przypomnieć jednak należy, 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. Mając na uwadze opisane wyżej reguły, Izba doszła do przekonania, że w świetle nowego materiału dowodowego - w porównaniu do tego, którym dysponował Zamawiający podejmując zaskarżoną czynność - zasadnym jest uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.B. oraz powtórzenie badania i oceny ofert. Izba jednak na tym etapie nie przesądza liczby punktów, jaka powinna zostać przyznana Przystępującemu Balzola w wyniku powtórzonej oceny, gdyż jest to czynność Zamawiającego, którą powinien on podjąć z uwzględnieniem nowego materiału dowodowego, którym nie dysponował podejmując czynność z 6 października 2023 r. Niewątpliwie bowiem w sprawie pojawiły się nowe okoliczności, w tym nowe dowody, które wpłynęły na stan wiedzy Zamawiającego.

W tym miejscu Izba wskazuje, że działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp oddaliła wnioski dowodowe o powołanie biegłego zgłoszone przez Odwołującego 2 i P.B.. W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwalał na rozpoznanie odwołania i nie były wymagane w związku z tym wiadomości specjalne. Tymczasem, jak stanowi art. 539 ust. 2 ustawy Pzp, Izba może powołać biegłego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Taka potrzeba w ocenie Izby nie zachodzi w tej sprawie odwoławczej. Izba przypomina, że podstawą rozstrzygnięcia była okoliczność, że w sprawie pojawiły się nowe dowody, powodujące zmianę stanu wiedzy Zamawiającego na temat spornej inwestycji, którymi nie dysponował on w momencie podjęcia skarżonej decyzji. Ponadto, zdaniem Izby, co do zasady to inwestor jest podmiotem mającym pełną wiedzę na temat własnej inwestycji. Sporne zamówienie było wykonane w taki sposób, że Inwestor płacił wykonawcy wynagrodzenie za faktycznie wykonaną długość torowiska, wobec czego Inwestor powinien mieć pełną wiedzę na temat długości torowiska, za którą zapłacił, tym samym rzeczywista długość torowiska powinna wynikać z dokumentacji tej inwestycji. Jeśli Inwestor odkrył błędy w dokumentacji powykonawczej, które wymagały korekty, gdyż doszło do licznych zaokrągleń podczas zliczania wartości dotyczących poszczególnych odcinków torowiska, to oczywistym jest, że musiało dojść do odpowiedniej korekty tej dokumentacji w tym zakresie. Ujawnione w sprawie okoliczności nie wskazywały na to, aby pomiary były źle wykonane. Wobec powyższego, Izba uznała zgłoszone wnioski o powołanie biegłego za niezasadne.

#### Zlokalizowanie inwestycji w granicy administracyjnej miasta

Przechodząc do tej części zarzutu, w której Odwołujący 2 wywodzi, że sporne kryterium nie jest spełnione przez sporną inwestycję z uwagi na okoliczność, iż torowisko przebiega nie w granicach administracyjnych miasta lecz dwóch miast, Izba wskazuje, że zarzut podlega oddaleniu jako bezzasadny.

W treści spornego kryterium Zamawiający wskazał:

*„wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt5.1.2.2 ppkt 4 oraz posiada dodatkowe doświadczenie zdobyte pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych\*, kierownika budowy lub kierownika robót drogowych\* przy zrealizowaniu dwóch robót budowlanych\*\*, których przedmiotem każdej była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres 12 miesięcy, przez okres 12 miesięcy na każdej (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu\*\*\*)”*

Z powyższego Odwołujący 2 wywodzi, że w celu uzyskania punktacji należało powołać się na inwestycję zrealizowaną w granicach administracyjnych miasta, a nie dwóch miast jak zrobił to, zdaniem Odwołującego 2, Przystępujący Balzola.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaprezentował natomiast stanowisko, zgodnie z którym:

*„a) wymogiem było nabycie doświadczenia przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsypkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta;*

*b) wskazany wyżej warunek określa minimalne wymagania i w żadnym wypadku jego brzmienie nie zawęży realizacji inwestycji do granic administracji tylko jednego miasta, zaś Odwołujący dąży do nadania innego znaczenia postawionemu warunkowi i czyni to wbrew jego literalnej treści wskazanej w części I ust. 2 pkt 2 niniejszego pisma;*

*c) wykazana przez Przystępującego inwestycja została zrealizowana na terenie konurbacji śląskiej składającej się m.in. z dwóch bezpośrednio przylegających do siebie miast tj. Świętochłowic i Rudy Śląskiej, więc tym samym była w całości realizowana w granicach administracyjnych miasta.”*

Izba podziela powyższe stanowisko Zamawiającego. W ocenie Izby okoliczność, że sporna inwestycja była zrealizowana w granicach administracyjnych dwóch miast, a nie jednego miasta nie ma znaczenia dla uznania, że ten zakres kryterium został spełniony. W ocenie Izby sposób interpretacji tej części opisu kryterium, zaprezentowany przez

Odwołującego 2, prowadziłby do absurdu. Izba dostrzega, że Zamawiający w opisie analizowanego kryterium wskazał „w granicy administracyjnej miasta”, a nie „w granicy administracyjnej miast”, niemniej dostrzec należy, że nie zostało wskazano np. „w granicy administracyjnej tylko jednego miasta”. Zaprezentowana przez Odwołującego 2 wykładania prowadzi do nieuzasadnionego zawężenia omawianego kryterium i w konsekwencji przeczyłaby, zdaniem Izby, celowi jakim było premiowanie dodatkową punktacją wykonawców, którzy zrealizowali budowę/przebudowę opisanego torowiska w granicy administracyjnej miasta, rozumianej jako teren miejski/aglomerację miejską. Odnotować przy tym należy, że Odwołujący 2 nie przeczył ani nie podważał, aby na jakimkolwiek odcinku sporna inwestycja nie była zlokalizowana w granicach administracyjnych miasta, lecz podnosił jedynie, że nie było to jedno miasto, a dwa. Z tych względów Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Ad zarzutu naruszenia 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.

Zarzut podlegał oddaleniu. W ocenie Izby Odwołujący 2 nie zdołał wykazać, że ocena dokonana przez Zamawiającego w zakresie zakwalifikowania rodzaju inwestycji zrealizowanej przez p. G.N. była błędna.

Uzasadnienie z 6 października 2023 r. w zakresie dotyczącym oferty Odwołującego 2, w tym „Kierownika budowy”, brzmi: „Zamawiający nie przyznał punktów za doświadczenie wykazane w pozycji II.1 Wykazu osób: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej Etap I od km 0+000 do 22+350 i Etap II od km 22+350 do 24+650”, ponieważ zakres robót zrealizowany w ramach ww. inwestycji w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności min. 200 tys. obejmował pełną wymianę konstrukcji nawierzchni starodroża drogi DK7 łącznie ze wzmocnieniem podłoża (jeśli zachodziła taka konieczność) i był realizowany w oparciu o zgłoszenie robót do odpowiedniego organu architektoniczno-budowlanego, a więc w rozumieniu ustawy Prawo budowlane był to remont, a Zamawiający wymagał, aby robota budowlana obejmowała budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) pełnej konstrukcji jezdni.

Ponadto doświadczenie (na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) przedstawione w poz. I.4 Wykazu osób: „Budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Żelazna, 1 Maja, Zagnańska wraz z przebudową Ronda im. Gustawa Herlinga Grudzińskiego” nie potwierdza wymaganego okresu 36 miesięcy (w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, który upłynął w dniu 21.07.2023 r.) – p. G.N. nabył doświadczenie na tej inwestycji w okresie 4.05.2011 r. – 30.05.2014 r.”.

W treści zarzutu Odwołujący 2 wskazał, że dokonując oceny Zamawiający oparł się na informacjach otrzymanych od inwestora, tj. GDDiKA. Odwołujący 2 zgłosił przy tym zastrzeżenia co do samego procesu pozyskania tych informacji, w tym co do treści zadanych pytań. Ponadto Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że w dacie wykonywania spornych prac przebudowa nie wymagała pozwolenia na budowę zatem z samego faktu, że prace zostały zrealizowane w oparciu o zgłoszenie nie można wywodzić, że nie mamy do czynienia z przebudową. Następnie, Odwołujący 2 dążył do wykazania, że sporne prace polegały na przebudowie a nie jak twierdzi Zamawiający i GDDiKA, na remoncie.

Odwołujący 2 argumentował: „Tym samym nastąpiła zmiana parametrów użytkowych pełnej konstrukcji jezdni – w związku ze wzmocnieniem podłoża uległy bowiem zmianie parametry użytkowe i techniczne całej konstrukcji jezdni – jakość oraz typ podłoża wpływa na projektowanie, wykonanie i eksploatację nawierzchni. Skoro nastąpiło poprawienie/polepszenie parametrów podłoża (wzmocnienie), to wpływało to na typ, grubość zaprojektowanych wyższych warstw konstrukcji nawierzchni, a przy tym jezdni.

Dolne warstwy konstrukcji nawierzchni oraz podłoże zapewniają wymaganą nośność na poziomie spodu górnych warstw konstrukcji nawierzchni, odporność konstrukcji nawierzchni na powstawanie wysadzin oraz odwodnienie wstępne. Wymagany poziom nośności musi być zapewniony w czasie budowy drogi oraz w całym okresie eksploatacji nawierzchni. Inaczej mówiąc kierunek oddziaływania na parametry poszczególnych warstw konstrukcyjnych drogi (na którą składa się warstwa podłoża, jak i nawierzchni) skierowany jest od spodu do samej góry. (Rys 4.1 poniżej) (...) Zatem „rozbiegając” istniejącą drogę do samego spodu, wzmacniając podłoże, następne warstwy konstrukcyjne nawierzchni należało dostosować/zmieniać do zmienionych/wyższych parametrów podłoża. W konsekwencji nastąpiła zmiana parametrów użytkowych wszystkich warstw konstrukcyjnych, co jednoznacznie świadczy o przebudowie – która właśnie się do tego sprowadza.”

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, m.in., że: „Po pierwsze Zamawiający dysponuje dokumentem inwestora GDDKiA oddział Kielce pn. „Zgłoszenie robót niewymagających pozwolenia na budowę” wystawionym przez działającego w imieniu inwestora projektanta. Ten dokument jednoznacznie kwalifikuje referencyjną inwestycję jako remont a nie przebudowę. Co prawda zakres robót jest dosyć rozbudowany i obejmujący różne aspekty prac, jednak

wyraźnie całość prac została zakwalifikowana przez projektanta jako remont drogi. Świadczy to wyraźnie o tym, że prace, które mogły stanowić w rozumieniu art. 3 ust. 7a ustawy Prawo budowlane przebudowę były nieznaczące lub też fragmentaryczne, a elementy, które przeważały, stanowiły remont. Po drugie Zamawiający pozyskał wyjaśnienia GDDiKA dotyczące faktycznej realizacji inwestycji, z których wynika również, że referencyjna inwestycja zawierała zarówno elementy remontu jak i przebudowy, co koreluje z zakresem prac określonym w ww. zgłoszeniu robót. Powyższe świadczy o tym, że całokształt materiału dowodowego, dotyczący zakresu wykonywanych prac, nie pozwala przesądzić w sposób jednoznaczny, że referencyjna inwestycja stanowiła przebudowę lub budowę, jak tego wymagał Zamawiający w rozdziale I SWZ pkt 16.2.2 w tabeli dot. Podkryterium nr 1.”

Analizując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący, mimo ciążącego na nim ciężaru dowodu, nie wykazał w sposób niewątpliwy, że sporna inwestycja spełniała kryteria pozwalające ją zakwalifikować jako przebudowę. Jak stanowi art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 682 ze zm.), ilekroć w ustawie jest mowa o przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Jak natomiast stanowi art. 3 pkt 8 prawa budowlanego, ilekroć w ustawie jest mowa o remoncie - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

W świetle powyższego, aby sporna inwestycja drogowa mogła zostać zakwalifikowana jako przebudowa, należy wykazać, że doszło do zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Tymczasem w ocenie Izby, Odwołujący 2 nie zdołał wykazać, że ww. warunek został spełniony przez sporną inwestycję. Choć pojęcie „charakterystyczne parametry” nie zostało zdefiniowane w ustawie, przyjmuje się, że należą do nich takie parametry jak np. szerokość drogi, liczba pasów ruchu, konstrukcja nawierzchni jezdni i jej nośność obliczeniowa. Jak natomiast wynika z treści art. 4 pkt 18 i 19 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 645), przebudowa drogi oznacza wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego, natomiast remont drogi to wykonywanie robót przywracających pierwotny stan drogi, także przy użyciu wyrobów budowlanych innych niż użyte w stanie pierwotnym.

W piśmie GDDiKA z 9 sierpnia 2023 r., inwestor ten wskazał, że: „W ramach prowadzonych prac na starodrożu DK7 Wykonawca realizował także roboty polegające na wymianie pełnej konstrukcji nawierzchni łącznie ze wzmocnieniem podłoża (jeżeli zachodziła taka konieczność)”, z czego Odwołujący 2 wywodzi, że inwestycja ta powinna być kwalifikowana jako przebudowa.

Niemniej jednak, z powyższego twierdzenia wynika, że po pierwsze wykonano wymianę pełnej konstrukcji nawierzchni, po drugie miało to miejsce jeżeli zachodziła taka konieczność. Tymczasem opis kryterium jest złożony i w jego treści Zamawiający wymagał nie tylko realizacji roboty budowlanej „obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności\*\* min. 200 tys.”, lecz wymagał również aby w jej ramach „wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m: - pełną konstrukcję jezdni (...)”.

Jak stanowi natomiast art. 4 ustawy o drogach publicznych, pkt 5 jezdni to część drogi przeznaczona do ruchu pojazdów, składająca się z pasa albo pasów ruchu, z wyjątkiem torowiska wydzielonego z jezdni. Definicja nawierzchni została natomiast wskazana w §4 pkt 11 rozporządzenia ministra infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych, zgodnie z którym jest to warstwa lub zespół warstw, których celem jest rozłożenie obciążeń od kół pojazdów lub ruchu pieszych oddziałujących na podłoże gruntowe lub konstrukcję drogowego obiektu inżynierskiego oraz zapewnienie bezpieczeństwa i komfortu ruchu.

Niewątpliwie Zamawiający w opisie kryterium wymagał aby wybudowano lub przebudowano „pełną konstrukcję jezdni”. Zamawiający dążył przy tym do ustalenia z inwestorem GDDiKA, czy sporna inwestycja była „z pełną wymianą konstrukcji nawierzchni starodroża drogi DK7”, czy też „była to wymiana pełnej konstrukcji jezdni (tj. wraz z podbudową i podłożem)”. Inwestor GDDiKA wskazał zarówno w piśmie z 9 sierpnia 2023 r. jak i z 27 października 2023 r., że prace dotyczyły „wymiany pełnej konstrukcji nawierzchni”. Izba zwraca uwagę, że powyższe jest spójne z przedstawionym przez P.B. wyciągiem z PFU. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 2 zawartym w pkt 22 uzasadnienia odwołania, nie sposób ustalić w jaki sposób nastąpiła „zmiana parametrów użytkowych wszystkich warstw konstrukcyjnych”. Wreszcie nie sposób pominąć, że z przedstawionych dowodów, tj. kopii dziennika budowy, wyciągu z programu funkcjonalno – użytkowego, czy kopii zgłoszenia robót budowlanych, wynika że sporna inwestycja, mimo iż zawierała elementy remontu i przebudowy, została zakwalifikowana jako remont.

Z tych względów zarzut podlegał oddaleniu.

Izba w tym miejscu wskazuje, że pominęła okoliczność podniesioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie lecz niewskazaną w treści oceny oferty Odwołującego 2 w omawianym zakresie, tj., że sporna inwestycja nie była zlokalizowana w granicach administracyjnych miasta, jako wykraczającą poza granice odwołania.

Ponadto mając na uwadze, że przedmiotowe postępowanie toczy się z uwzględnieniem procedury o której mowa w art. 139 ustawy Pzp, natomiast Zamawiający dokonał oceny zarówno doświadczenia wskazanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak i w celu uzyskania punktów na potrzeby kryterium, stanowisko Odwołującego 2 odnoszące się do naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp uznała za niezasadne, gdyż Zamawiający nie zaniechał przyznania Odwołującemu 2 punktów w ramach kryteriów oceny ofert tylko z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz wykazał w treści oceny, że inwestycja wskazana celem uzyskania punktów w ramach kryterium nie wpisuje się w jego treść.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku spraw. W sprawie o sygn. akt KIO 3074/23, Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 2 pkt 2 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). W sprawie o sygn. akt KIO 3082/23, Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 3 związku z § 2 ust. 2 pkt 2 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). Izba na podstawie §7 ust. 3 ww. rozporządzenia zniósła wzajemnie koszty zgłoszone przez Zamawiającego i Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

.....  
.....