

WYROK
z dnia 18 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Kobylarnia S.A. (lider) oraz Mirbud S.A.** z siedzibą dla lidera: **Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Kujawsko – Pomorskie, pl. Teatralny 2, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **Transpol Lider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą: Łojewo 70, 88-101 Inowrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert w ramach, której przyznał ofercie odwołującego w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” 10 pkt oraz nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Województwo Kujawsko – Pomorskie, pl. Teatralny 2, 87-100 Toruń** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Kobylarnia S.A. (lider) oraz Mirbud S.A.** z siedzibą dla lidera: **Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Województwa Kujawsko – Pomorskiego, pl. Teatralny 2, 87-100 Toruń** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Kobylarnia S.A. (lider) oraz Mirbud S.A.** z siedzibą dla lidera: **Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza** kwotę **23 600, 00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno – Wąbrzeźno od km 0+005 do KM 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146” – Część 1, Etap I, prowadzonym przez Województwo Kujawsko-Pomorskie, w imieniu którego działa Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 80, 85-010 Bydgoszcz (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Kobyłarnia S.A. (lider) oraz Mirbud S.A. z siedzibą dla lidera: Kobyłarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec nieprzyznania ofercie odwołującego 20 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” oraz wyboru oferty wykonawcy Transpol Lider Sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Inowrocławiu (dalej „przystępujący”) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp oraz niezgodne z opisem kryteriów oceny, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, zaniechanie przyznania odwołującemu 20 pkt w kryterium jakościowym Doświadczenie kierownika budowy ze względu na przyjęcie, że Piotr Jakubek wskazany w ofercie na stanowisko kierownika budowy nie pełnił samodzielnej funkcji technicznej przy zadaniu pn. „Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulicy Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy”, tj. wbrew dokumentom i wyjaśnieniom złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wbrew załączonym dowodom, ewentualnie,
2. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3, poprzez pominięcie wskazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 3 września 2020 r. nowych zadań, przy realizacji, których brał udział P. J., pełniąc funkcję kierownika robót drogowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wniósł także o:

1. zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedstawiony przed zamknięciem rozprawy,
2. przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: a) z informacji pozyskanych od Inwestora Tramwaj Fordon Sp. z o.o. w zakresie zadania pn. „Budowa „Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulicy Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy”, b) wyjaśnień udzielonych przez odwołującego (pismo z dnia 3 września 2020 r.) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz c) oferty odwołującego,
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów przedstawionych przy odwołaniu oraz złożonych w toku postępowania odwoławczego na potwierdzenie, że P. J. wskazany w ofercie na stanowisko kierownika budowy pełnił funkcję kierownika robót drogowych przy realizacji zadania pn. „Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulicy Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy”, tym samym legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej przy realizacji 4 lub więcej zadań, w skład którego wchodziła budowa, rozbudowa lub przebudowa drogi/ulicy o wartości robót budowlanych co najmniej 10 000 000 zł brutto,
4. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:
 - P. J., Kobyłarnia S. A. z siedzibą w Kobyłami, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza,
 - R. S., Kobyłarnia S. A. z siedzibą w Kobyłami, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza,
 - J. Ł., Kobyłarnia S. A. z siedzibą w Kobyłami, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza,
 - A. P., Tramwaj Fordon sp. z o.o., ul. Jagiellońska 94c, 85-027 Bydgoszcz,
 - M. K., Tramwaj Fordon sp. z o.o., ul. Jagiellońska 94c, 85-027 Bydgoszcz.

na okoliczność jak w pkt 3.

Odwołujący podał, że SIWZ w pkt 5 (Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia) ppkt b stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają minimalne warunki udziału w postępowaniu m.in. dysponują osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, a wśród nich minimum 1 osobą (kierownikiem budowy) posiadającą określone przez zamawiającego kwalifikacje zawodowe, na potwierdzenie czego wykonawca był obowiązany złożyć wraz z ofertą JEDZ stanowiący wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wskazał także, iż wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona na wezwanie zamawiającego był obowiązany złożyć m. in. wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Uzupełnił, że zamawiający nie opublikował Wzoru wykazu.

Podał, że w ramach kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający przewidział kryterium jakościowe nr 3 Doświadczenie kierownika budowy, które opisał w pkt 17.3 w sposób następujący: *„Ocena ofert w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy zostanie dokonana wg następującej zasady: Oferty z doświadczeniem kierownika budowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej przy realizacji zadania, w skład którego wchodziła budowa, rozbudowa lub przebudowa drogi/ulicy o wartości robót budowlanych co najmniej 10 000 000,00 PLN brutto, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej Zamawiającego:*

- na jednym zadaniu lub bez wskazanego powyżej doświadczenia otrzymają liczbę punktów Db= 0 pkt*
- na 2 lub 3 zadaniach otrzymają liczbę punktów Db= 10 pkt*
- na 4 lub powyżej zadaniach otrzymają liczbę punktów Db=20 pkt*

W przypadku niewskazanie doświadczenia kierownika budowy Zamawiający przyjmie, iż kierownik budowy nie posiada wskazanego doświadczenia. Doświadczenie kierownika budowy nie będzie podlegało uzupełnieniu w trybie Ustawy Pzp.

Jeżeli Zamawiający będzie wzywał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp lub w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dotyczących Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i prowadzić to będzie do zmiany kierownika budowy wskazanego w Formularzu Ofertowym, to w tym kryterium Wykonawca otrzyma 0 (zero) punktów.”

Podał w dalszej kolejności, że w opublikowanym wzorze formularza oferty stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ zamawiający oczekiwał informacji – w doniesieniu do deklarowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy osoby – co do: funkcji pełnionej na zadania, nazwy zadania oraz wartości robót, czy inwestycja została odebrana ostatecznie przez inwestora.

Oświadczył, że na stanowisko kierownika budowy, którego doświadczenie było zarówno wymagane jak i punktowane wskazał P. J. i 4 zadania, z których zamawiający zakwestionował zadanie „Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulicy Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej "Bydgoszcz Wschód" w Bydgoszczy.” Podał, że zamawiający uznał, że P. J. na przedmiotowym zadaniu pełnił wyłącznie funkcję koordynatora robót kolejowych.

Podniósł, że z pism Spółki Tramwaj Fordon nie wynika, by P. J. nie był zaangażowany w realizację przedmiotowego zadania jako kierownik robót drogowych, tym samym, że nie zdobył stosownego doświadczenia. Podkreślił, że Tramwaj Fordon Sp. z o.o. w Bydgoszczy jeszcze przed wszczęciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia informował, że P. J. pełnił obowiązki kierownika robót na zadaniu „Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon – podał, że takie stwierdzenia padły w piśmie z dnia 6 maja 2019 r. (nr L.Dz. 207/TF/2019) skierowanym do Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy (załączono do odwołania) i piśmie ZDMiKP w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2019 r. (Ldz. IR/M/0506/60/19) skierowanym do Trakcji PRKiL S.A. (załączono do odwołania).

Ocecił, że w ww. pismach spółka Tramwaj Fordon, jak również ZDMiKP w Bydgoszczy potwierdzili, że P. J. pełnił funkcję kierownika robót drogowych. Oświadczył, że dodatkowo P. J. pełnił funkcję koordynatora robót kolejowych na ww. zadaniu, czego potwierdzeniem jest protokół z narady technicznej nr 24 z dnia 31 lipca 2014 r. (załączono do odwołania) i pismo Tramwaj Fordon Sp. z o. o. w Bydgoszczy z dnia 14 października 2020 r. (załączono do odwołania).

Oświadczył, że P. J. nie posiadał i nie posiada uprawnień kolejowych, dlatego w ramach tych obowiązków mógł wyłącznie koordynować prace kolejowe.

Na potwierdzenie, że P. J. pełnił obowiązki kierownika robót drogowych na kwestionowanym przez zamawiającego zadaniu załączył do odwołania pismo spółki Tramwaj Fordon z dnia 14 października 2020 r., które – wedle odwołującego – wskazuje i potwierdza, iż P. J. pełnił funkcję kierownika robót drogowych, zgodnie z prawem budowlanym w okresie od 28.07.2014 do 03.12.2015 r.

Podsumował, że zamawiający w sposób nieuprawniony wyprowadził wnioski, sprowadzające się do dyskwalifikacji doświadczenia P. J., pomimo że mógł, a nawet miał obowiązek dopytać odwołującego, czym naruszył art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp.

Podkreślił, że w ramach pełnionej funkcji wskazana osoba sporządzała dokumentację dotyczącą budowy dla konsorcjum oraz dla zamawiającego, uczestniczyła w naradach koordynacyjnych oraz odbiorach robót (Dowód – pismo z 14.10.2020 r. Tramwaj Fordon Sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz zeznania świadków).

Oświadczył, że obowiązki kierownika robót drogowych równolegle na zadaniu pełniły osoby: P. J., E. G., oraz R. S. wytypowany do dokonywania wpisów w dzienniku budowy.

Wskazał, że praktyka gospodarcza pokazuje, że skierowanie do realizacji robót większej grupy kierowników robót, w większym stopniu gwarantuje wykonanie zadania w sposób należyty – zwłaszcza tak skomplikowanego zadania, jakim była wskazana budowa.

Podkreślił, że powyższą sytuację akceptował Inwestor w całym okresie realizacji inwestycji.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego – naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podał, że w swoich wyjaśnieniach z dnia 3 września 2020 r. , udzielonych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wskazał dwa inne zadania, przy których realizacji brał udział P. J., a które to zadania spełniają warunki przewidziane w SIWZ w pkt 5 ppkt b oraz kryterium oceny ofert nr 3, tj. obejmowały budowę, rozbudowę lub przebudowę drogi/ulicy o wartości robót budowlanych co najmniej 10 000 000,00 zł brutto.

Uznał, że P. J. posiada wymagane i punktowane oraz zadeklarowane w ofercie doświadczenie zawodowe wobec czego odjęcie punktów ofercie odwołującego stanowi nadmierny formalizm zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 26 października 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odwołania wraz z załącznikami, pisma procesowego odwołującego z dnia 5 listopada 2020 r. wraz z załącznikami, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut główny – zaniechania przyznania odwołującemu 20 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” ze względu na przyjęcie, że P.J. wskazany w ofercie na stanowisko kierownika budowy nie pełnił samodzielnej funkcji technicznej przy zadaniu „Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulicy Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej „Bydgoszcz Wschód” w Bydgoszczy” potwierdził się.

Skład orzekający ustalił, co następuje.

W SIWZ w pkt 5 „Warunki udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia” ppkt 5.2.1. lit. b) zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. dysponują 1 osobą – kierownikiem budowy.

W SIWZ w pkt 17 zamawiający, jako jedno z trzech kryteriów oceny ofert, ustanowił „Doświadczenie kierownika budowy”.

Kryterium to zamawiający opisał, w pkt 17.3 SIWZ, w następujący sposób: „Ocena ofert w zakresie kryterium doświadczenie kierownika budowy zostanie dokonana wg następującej zasady: Oferty z doświadczeniem kierownika budowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej przy realizacji zadania, w skład którego wchodziła budowa, rozbudowa lub przebudowa drogi/ulicy o wartości robót budowlanych co najmniej 10 000 000,00 PLN brutto, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej Zamawiającego:

- na jednym zadaniu lub bez wskazanego powyżej doświadczenia otrzymają liczbę punktów $Db=0$ pkt
- na 2 lub 3 zadaniach otrzymają liczbę punktów $Db=10$ pkt
- na 4 lub powyżej zadaniach otrzymają liczbę punktów $Db=20$ pkt

W przypadku niewskazanie doświadczenia kierownika budowy Zamawiający przyjmie, iż kierownik budowy nie posiada wskazanego doświadczenia. Doświadczenie kierownika budowy nie będzie podlegało uzupełnieniu w trybie Ustawy Pzp.

Jeżeli Zamawiający będzie wzywał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp lub w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dotyczących Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i prowadzić to będzie do zmiany kierownika budowy wskazanego w Formularzu Ofertowym, to w tym kryterium Wykonawca otrzyma 0 (zero) punktów.”

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza ofertowego, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ zamawiający przewidział podanie przez wykonawcę – w doniesieniu do deklarowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy osoby – informacji o: funkcji pełnionej na zadaniu, nazwie zadania oraz wartości robót brutto, czy inwestycja została odebrana ostatecznie przez inwestora, nazwie inwestora.

W swoim Formularzu ofertowym odwołujący na stanowisko kierownika budowy, wskazał P.J. i 4 zadania, w tym *„Budowę linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulicy Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej "Bydgoszcz Wschód" w Bydgoszczy.”*, gdzie – jak oświadczył – wskazana osoba pełniła funkcję kierownika robót drogowych.

Pismem z dnia 9 października 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego oraz o przyznaniu ofercie odwołującego w kryterium *„Doświadczenie kierownika budowy”* 10 z 20 pkt. – zamawiający, powołując się na informacje pozyskane od Tramwaju Fordon Sp. z o.o., uzasadnił: *„funkcję kierownika robót drogowych zgodnie z prawem budowlanym pełnił Pan R. S. . Natomiast Pan Piotr Jakubek był powołany na potrzeby konsorcjum jako Koordynator tym samym nie pełnił samodzielnej funkcji technicznej.”*

Skład orzekający zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby podkreśla, że jego ocenie mogła zostać poddana czynność zamawiającego przyznania ofercie odwołującego 10 pkt. w kryterium *„Doświadczenie kierownika budowy”* z uzasadnieniem wskazanym przez zamawiającego z piśmie z dnia 9 października 2020 r. Wobec bowiem tej czynności z uzasadnieniem jak w piśmie z dnia 9 października 2020 r. odwołanie złożył odwołujący, formułując wobec niej swoje zarzuty.

Przypomnienia wymaga, że *„Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”* (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Poczynienie powyższej uwagi wstępnej skład orzekający Izby uznał za konieczne ze względu na zawarcie przez zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie innych jeszcze niż wskazane w piśmie z dnia 9 października 2020 r. przyczyn przyznania ofercie odwołującego 10 pkt. (brak wpisania P.J. jako kierownika robót drogowych do dziennika budowy i jego zgłoszenia do nadzoru budowlanego oraz brak jego oświadczenia o przyjęciu obowiązku kierowania robotami drogowymi).

Ze względu na powyższe skład orzekający Izby pominął owe nowe przyczyny, z powodu których zamawiający przyznał ofercie odwołującego 20 pkt., a w konsekwencji

pominał także prezentowane przez uczestników postępowania odwoławczego: argumentację i dowody, które kwestii braku wpisania P.J. jako kierownika robót drogowych do dziennika budowy i jego zgłoszenia do nadzoru budowlanego oraz braku jego oświadczenia o przyjęciu obowiązku kierowania robotami drogowymi się odnosiły.

Podstawą przyznania punktów w kryterium „*Doświadczenie kierownika budowy*” miały być oświadczenia wykonawcy dotyczące osoby deklarowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy zawarte w Formularzu ofertowym.

Zgodnie z oświadczeniami odwołującego z Formularza ofertowego i opisanym przez zamawiającego sposobem oceny ofert w ww. kryterium odwołujący, deklarując P.J. z doświadczeniem na czterech zadaniach (rodzaj zadania, jego wartość i fakt odbioru przez inwestora nie były sporne) winien uzyskać 20 pkt.

Jednak zamawiający przyznał odwołującemu jedynie 10 pkt.

Zamawiający nie zakwestionował wprost prawdziwości oświadczeń odwołującego, jednak oceniając ofertę odwołującego pominał zadanie „*Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulicy Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej "Bydgoszcz Wschód" w Bydgoszczy.*”, opierając się na informacjach – których zamawiający nie zaprezentował w piśmie z dnia 9 października 2020 r. – od inwestora tego zadania, na podstawie, których ustalił, że:

1. na zadaniu funkcję kierownika robót drogowych pełnił R.S.,
2. na zadaniu P.J. był powołany na potrzeby konsorcjum jako koordynator.

Odmowa przyznania ofercie odwołującego 20 pkt. wobec ustalenia, że P.J. pełnił na zadaniu funkcję kierownika robót drogowych została oparta – w świetle treści uzasadnienia z dnia 9 października 2020 r. – na założeniu, że na danym zadaniu funkcję kierownika robót drogowych pełnić może tylko jedna osoba. Zamawiający uznał bowiem, że skoro na zadaniu wedle jego ustaleń funkcję kierownika robót drogowych pełnił R.S. to tym samym nie mógł jej pełnić P.J.

Założenie, że na danym zadaniu funkcję kierownika robót drogowych może pełnić tylko jedna osoba jest błędne. Założenie to nie znajduje oparcia ani w przepisach prawa budowlanego, które ustanowienia kilku kierowników robót budowlanych w danej branży nie wyklucza (nic innego nie twierdził ani zamawiający, ani przystępujący), ani w praktyce.

Odwołujący podkreślał w odwołaniu (str. 10, drugi akapit), że „*budowa linii tramwajowej do Fordonu była największą inwestycją w transporcie publicznym w historii*

Bydgoszczy. Budowę 9,5 km kilometrowej, dwutorowej linii tramwajowej połączono z przebudową i remontami okolicznych ulic oraz stacji kolejowej i pętli autobusowej, więc wymagała zaangażowania licznej kadry kierowniczej. Obowiązki kierownika robót drogowych równolegle na ww. zadaniu pełniły osoby: (...) Praktyka gospodarcza pokazuje, że skierowanie do realizacji robót większej grupy kierowników robót, w większym stopniu gwarantuje wykonanie zadania w sposób należyty. Zwłaszcza tak skomplikowanego, jakim była „Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon (...)”, gdzie skala trudności zadań, skala kolizji, sama jej wielkość oraz terminy od początku były wyzwaniem dla konsorcjum.”

Fakt, że „przy dużych, skomplikowanych robotach budowlanych funkcję kierowników poszczególnych branż może pełnić kilka osób” przyznał zamawiający na rozprawie (str. 4 Protokołu z rozprawy).

Co najmniej pośrednio przyznał to także przystępujący, prezentując powstałą na tle wielości kierowników robót wątpliwość, czy P.J. mógł w ogóle zdobyć na inwestycji doświadczenie o wartości wymaganej w SIWZ (str. 5 Protokołu z rozprawy).

Nie można także twierdzić, że P.J. nie pełnił na zadaniu funkcji kierownika robót drogowych z tego względu, że był koordynatorem, ponieważ brak jakichkolwiek podstaw, aby uznać, że koordynator nie może jednocześnie pełnić funkcji kierownika robót danej branży na tym jednym zadaniu.

Zamawiający, wychodząc poza wskazany w SIWZ sposób przyznania punktów w kryterium „Doświadczenia kierownika budowy” (nie przyznając punktów na podstawie oświadczenia odwołującego), nie kwestionując przy tym prawdziwości oświadczeń odwołującego z Formularza ofertowego, zaprezentował stanowisko, co do P.J., że osoba ta nie pełniła na spornym zadaniu funkcji kierownika robót drogowych. Zamawiający nie wskazał przy tym, gdzie inwestor poinformował, że P.J. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych.

W odwołaniu odwołujący podkreślił, że „z pism Spółki Tramwaj Fordon nie wynika, by p. P. J. nie był zaangażowany w realizację przedmiotowego zadania jako kierownik robót drogowych, tym samym że nie zdobył stosownego doświadczenia.” (str. 6 akapit drugi).

W tym kontekście dostrzec należy, że odwołujący załączył do odwołania pismo inwestora – Tramwaj Fordon Sp. z o.o. z dnia 14 października 2020 r., na którego informacje powołał się zamawiający, uzasadniając przyznanie odwołującemu jedynie 10 pkt. w piśmie z 9 października 2020 r. oraz w odniesieniu do którego na rozprawie zamawiający ocenił, że jest podmiotem najbardziej zorientowanym w przebiegu prac budowlanych (str. 7 Protokołu rozprawy) zgodnie z którym: „Pan P. J. pełnił funkcję koordynatora robót

kolejowych od dnia 28.07.2014 r. zgodnie z ustaleniami na naradzie technicznej nr 34 z dnia 31.07.2014 r.” oraz „Pan P. J. pełnił funkcję kierownika robót budowlanych zgodnie z Prawem budowlanym w okresie 28.07.2014 do 03.12.2015.”

Pełnienie przez P.J. wynika także z oświadczeń osób pełniących na spornym zadaniu funkcję kierownika budowy i kierownika robót drogowych, tj. oświadczenie kierownika budowy H. O. z 5 listopada 2020 r., który oświadczył: „*ustanowiłem Pana P. J. dodatkowym kierownikiem robót drogowych*”, a także oświadczenia kierownika robót drogowych R. S. z 5 listopada 2020 r., który oświadczył: „*(...) P. J. był zaangażowany jako kierownik robót drogowych w realizacji zadania (...)*”.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, przyznając ofercie odwołującego w kryterium „*Doświadczenie kierownika budowy*” 10 pkt z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 9 października 2020 r. naruszył przepis art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby oddalił wnioski o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków, ponieważ okoliczności, które miały potwierdzać zostały już stwierdzone dokumentami załączonymi do odwołania (pismo inwestora z 14 października 2020 r.), do pisma procesowego z 5 listopada 2020 r. (oświadczenia kierownika robót drogowych R. S. oraz z rozprawy (oświadczenie kierownika budowy H. O. z 5 listopada 2020 r.)

Zarzut pominięcia wskazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 3 września 2020 r. nowych zadań, przy realizacji, których brał udział P. J., pełniąc funkcję kierownika robót drogowych został zgłoszony jako zarzut ewentualny – na wypadek gdyby zarzut główny nie został uwzględniony.

Wobec potwierdzenia się zarzutu głównego, skład orzekający Izby nie przystąpił do rozpoznania zarzutu ewentualnego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: