

**WYROK**  
**z dnia 5 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** **Anna Packo**

**Protokolant:** **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2019 r. przez wykonawcę

**Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno – Inżynieryjnego w Krakowie Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliczce**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Ośrodek Usług Inżynierskich STAAND Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno – Inżynieryjnego w Krakowie Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodno – Inżynieryjnego w Krakowie Spółki**

**z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 23 617 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 898/19**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zachowanie i ochrona środowiska, promowanie efektywnego gospodarowania zasobami wodnymi oraz zapobieganie i zarządzanie ryzykiem powodziowym poprzez poprawę bezpieczeństwa powodziowego Węzła Oświęcimskiego – rozbudowa zbiornika retencyjno-wyrównawczego na Potoku Gromieckim wraz z rozbudową pompowni Gromiec, w miejscowości Gromiec, gmina Libiąż, powiat chrzanowski, województwo małopolskie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S200-453564. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno – Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na ponownym wyborze oferty wykonawcy Ośrodek Usług Inżynierskich „STAAND” Sp. z o.o. i jednoczesnym zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta, w świetle kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza na podstawie przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem kryteriów oceny ofert wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że poprzednia czynność Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty zakończyła się wniesieniem przez Odwołującego odwołania, które Zamawiający uznał w całości, co skutkowało umorzeniem postępowania przed KIO (sygn. KIO 280/19). Aktualnie zaskarżona czynność Zamawiającego opiera się na identycznych przesłankach, a zarzuty zawarte w odwołaniu są analogiczne do zarzutów zawartych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 280/19.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, Zamawiający nie odrzucił żadnej z nich ani nie wykluczył żadnego wykonawcy. Oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą uzyskała łącznie 90 punktów, przy poszczególnych punktach cząstkowych wynoszących: dla ceny – 60 punktów, dla okresu gwarancji i rękojmi – 20 punktów oraz dla doświadczenia kierownika budowy – 10 punktów. Oferta Odwołującego uzyskała łączną liczbę 86,29 punktów przy punktach cząstkowych wynoszących: dla ceny – 59,62 punktów, dla okresu gwarancji i rękojmi – 16,67 punktów oraz dla doświadczenia kierownika budowy – 10 punktów.

W ocenie Odwołującego decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej jest wadliwa, jako że narusza przepisy art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujące Zamawiającemu ocenę ofert w oparciu o kryteria zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wybór wykonawcy z zachowaniem m.in. zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji powierzenie zamówienia wyłącznie temu wykonawcy, którego wybór jest zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uchybił ww. przepisom, bowiem dokonał błędnej oceny oferty Odwołującego, której prawidłowa ocena winna skutkować uznaniem jej za najkorzystniejszą. Uchybienie to polegało na przyznaniu Odwołującemu 10 zamiast 15 punktów w zakresie kryterium doświadczenia, zgodnie z punktem XII ust. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treścią oferty. Odwołujący powinien więc uzyskać łącznie 91,29 punktów.

Odwołujący przy kryterium doświadczenia wskazał osobę posiadającą uprawnienia budowlane (kierownika budowy), który nadzorował w charakterze kierownika budowy trzy zakończone roboty w zakresie rozbudowy, przebudowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s, tj.:

1. „Usuwanie szkód powodziowych na przepompowni Wola Rogowska w km 3+760 wału rzeki Wisły w msc. Wola Rogowska gm Wietrzychowice, pow. Tarnowski”,
2. „Przebudowa i remont istniejącej przepompowni melioracyjnej Pawłów w msc. Pawłów, gm. Bolesław”,
3. „Rozbudowa pompowni w Jawiszowicach”.

Ze względu na fakt, że tytuł pierwszego zadania nie nawiązywał bezpośrednio do rozbudowy, przebudowy lub remontu pompowni, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu robót budowlanych w zadaniu. Odwołujący wyjaśnił, że prace na przepompowni w msc. Wola Rogowska obejmowały również przebudowę i remont pompowni o wymaganych parametrach, tj.: rozebranie dwóch rurociągów tłocznych śr. 1000 mm z rur żelbetowych Wipro i częściowo z rur stalowych (wewnątrz pompowni) oraz jednego rurociągu o śr. 400 mm z rur żelbetowych Wipro i częściowo rur stalowych (wewnątrz przepompowni) na dł. 32 m każdy; wykonanie trzech rurociągów tłocznych z rur z żywicy poliestrowych typu GRP SN 1000 śr. 1280x 28 o długości 32 m. każdy; połączenie

rurociągów tłocznych z istniejącą armaturą w przepompowni; przebudowę jednego wylotu w komorze wylotowej ze śr. 400 mm na 1000 mm z klapą zwrotną skośną z polietylenu wysokiej gęstości HDPE; odbudowę rozebranego wału przeciwpowodziowego. W ramach udzielonych wyjaśnień Odwołujący przedłożył Zamawiającemu m.in. pełną treść umów dotyczącą trzech robót budowlanych powołanych w doświadczeniu kierownika budowy.

W ocenie Odwołującego powyższe zadanie inwestycyjne obejmowało roboty dotyczące przebudowy i remontu przepompowni, a tym samym spełniało wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności ze względu na brak określenia szczegółowego zakresu wymaganych prac w ramach doświadczenia kierownika budowy. Roboty prowadzone na przepompowni w miejscowości Wola Rogowska dotyczyły przepompowni o wydajności znacząco większej od wymaganej, tj. 2780 litrów/s.

Dodatkowo Zamawiający w roku 2014 w przetargu na zadanie „Przebudowa i remont istniejącej przepompowni melioracyjnej Pawłów w msc. Pawłów, gm Bolesław” przy analogicznym wymogu przyznał Odwołującemu maksymalną liczbę punktów za doświadczenie, co wskazuje, że nie miał wątpliwości co do doświadczenia Odwołującego w zakresie przebudowy, budowy, odbudowy remontu lub modernizacji pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s. Aktualnie jednak Zamawiający nie uznał doświadczenia kierownika.

W opinii Odwołującego zrealizowany przez niego zakres prac na zadaniu „Usuwanie szkód powodziowych na przepompowni Wola Rogowska w km 3+760 wału rzeki Wisły w msc. Wola Rogowska gm Wietrzychowice, pow. Tarnowski” w pełni uprawniał do zakwalifikowania jako spełniającej wymagania punktu V ppkt 1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. w zakresie rozbudowy, przebudowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s.

Zgodnie z definicjami zawartymi w art. 3 ustawy Prawo budowlane przebudowa to 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. Remont to 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. Elementem prac, które Zamawiający neguje było m.in. dokonanie wymiany rurociągów tłocznych oraz podłączenie ich do istniejących pomp w przepompowni, co skutkowało zwiększeniem wydajności całej przepompowni. Skoro prace, na które powołuje się Odwołujący, polegały m.in. na demontażu elementów pompowni oraz zamontowaniu nowych oraz ich połączenie z armaturą wewnątrz przepompowni, to nie może budzić wątpliwości iż Odwołujący legitymował się doświadczeniem

w zakresie, w jakim wymagał tego Zamawiający. Zamawiający nie negocjował zakresu prac polegających na przebudowie wylotu w komorze wylotowej pompowni, które Odwołujący wskazał jako element wykonanych robót.

W uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że prace na zadaniu Wola Rogowska w jego ocenie nie odpowiadają swoim charakterem i zakresem ustalonymu kryterium oceny, bowiem zostały wykonane w związku z usuwaniem szkód powodziowych i były związane z naprawą wału przeciwpowodziowego. Zdaniem Zamawiającego nie wykonano wówczas prac dotyczących „zasadniczych” elementów, jak pompy ani prace nie obejmowały robót związanych z częścią energetyczną, sterowaniem, ani żadnymi pracami wewnątrz pompowni, a dotyczyły jedynie wymiany rurociągów tłocznych, które w ocenie Zamawiającego są jedynie obiektami towarzyszącymi pompowni. Stanowisko Zamawiającego jest bezzasadne.

Nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, iż na zadaniu Wola Rogowska prace nie obejmowały żadnych robót wewnątrz przepompowni, mając na względzie zakres prac, które dotyczyły również robót wewnątrz przepompowni, bowiem wymiana rurociągów tłocznych i ich połączenie do pomp, które znajdują się wewnątrz pompowni, nie mogło być wykonane bez prac wewnątrz przepompowni. Prace były więc wykonywane zarówno wewnątrz, jak i na zewnątrz przepompowni. Poza tym warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymagały, aby kierownik budowy legitymował się doświadczeniem w zakresie prac dotyczących rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu prowadzonego wewnątrz przepompowni.

W warunkach specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie określił, jakiego typu prace polegające na przebudowie lub remoncie pompowni winien wykazać kierownik budowy w ramach swojego doświadczenia. Zamawiający ograniczył się do wymogu legitymowania się doświadczeniem ogólnym w zakresie przebudowy, budowy, odbudowy remontu lub modernizacji pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s. Tym samym należy uznać, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia dopuszczała wszelkie prace, które można zakwalifikować jako przebudowa, budowa, odbudowa, remont lub modernizacja pompowni. Gdyby istotnym dla Zamawiającego był fakt doświadczenia w zakresie prac dotyczących konkretnych elementów czy urządzeń przepompowni, taki wymóg winien być jasno i precyzyjnie sformułowany w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To Zamawiający ma obowiązek jasnego i precyzyjnego formułowania warunków udziału w przetargach. Wobec braku takich postanowień należy uznać, iż Zamawiający winien uwzględnić doświadczenie w zakresie wszelkich prac, które można zakwalifikować jako przebudowa, budowa, odbudowa, remont lub modernizacja pompowni. Nie sposób twierdzić, iż wymiana rurociągów tłocznych, podłączenie ich do istniejących pomp,

przebudowa wylotu w komorze wylotowej przepompowni nie są pracami, które kwalifikować należy jako przebudowa lub remont/modernizacja pompowni.

Przyczyny udzielenia zamówienia dla zadania w Woli Rogowskiej nie mają znaczenia. Konieczność wykonania prac ze względu na szkody popowodziowe nie jest okolicznością, która powinna być brana pod uwagę w zakresie oceny doświadczenia kierownika budowy. Jedynym elementem podlegającym ocenie winien być zakres prac zrealizowany zgodnie z umową.

Zaskarżona czynność Zamawiającego narusza więc przywołane przepisy, a Zamawiający nie może dowolnie oceniać złożonych ofert i w podobnych sytuacjach dokonywać bez uzasadnienia odmiennej oceny tych samych okoliczności.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na powyższe zarzuty Zamawiający wniósł w pierwszej kolejności o odrzucenie, a w drugiej o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że w treści odwołania Odwołujący wskazuje jako dowód wydruk dotyczący opisu przepompowni w Woli Rogowskiej oraz opinię biegłych. Kopie tych dokumentów nie zostały jednak przesłane Zamawiającemu wraz z odwołaniem. Dokumenty te mogą mieć duże znaczenie merytoryczne i mogłyby istotnie wpłynąć na decyzję Zamawiającego w sprawie ewentualnego uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Na postawiony zarzut Zamawiający odpowiedział, że w punkcie XIII ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, że wybierze najkorzystniejszą ofertę kierując się następującymi kryteriami: cena oferty brutto – 60%, okres gwarancji i rękojmi – 20%, doświadczenie kierownika budowy – 20%. W ramach kryterium doświadczenia punkty miały być przyznawane według następujących zasad: osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, która będzie pełniła obowiązki kierownika budowy nadzorowała w charakterze kierownika budowy lub robót zakończonych:

- 1 roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s – 5 pkt – 5%,
- 2 roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s – 10 pkt – 10%,
- 3 roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s – 5 pkt – 5%,

- 4 roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s – 20 pkt – 20%.

W przypadku, gdy kierownik budowy nie wykaże się ww. doświadczeniem w nadzorowaniu robót, otrzyma 0 pkt.

Odwołujący w ramach kryterium doświadczenia wskazał osobę posiadającą uprawnienia budowlane (kierownika budowy), który nadzorował w charakterze kierownika budowy trzy zakończone roboty w zakresie rozbudowy, przebudowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s:

1. „Usuwanie szkód powodziowych na przepompowni Wola Rogowska w km 3+760 wału rzeki Wisły w msc. Wola Rogowska gm Wietrzychowice, pow. Tarnowski”,
2. „Przebudowa i remont istniejącej przepompowni melioracyjnej Pawłów w msc. Pawłów gm. Bolesław”,
3. „Rozbudowa pompowni w Jawiszowicach”.

Zamawiający zaliczył Odwołującemu w ramach kryterium doświadczenia dwie ostatnie roboty budowlane. Tym samym Odwołujący uzyskał 86,29 punktów i jego oferta nie została wybrana.

Zamawiający, formułując kryterium oceny oferty dotyczące doświadczenia kierownika budowy żądał, aby były to roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s. Przedstawione w punkcie 1. roboty nie odpowiadają swoim charakterem i zakresem robotom ustalonym w kryterium oceny ofert, ponieważ nie są robotami budowlanymi w zakresie rozbudowy, przebudowy budowy lub remontu pompowni melioracyjnej. Zostały one zrealizowane w 2012 r. na podstawie umowy zawartej przez Województwo Małopolskie – Małopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Krakowie z PRO-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce. Przedmiotem umowy było wykonanie zamówienia w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej i na jej podstawie wykonanie robót budowlanych. Jak wynika z programu funkcjonalno – użytkowego, zakres prac na tym zadaniu uwzględniał przede wszystkim roboty budowlane na prawym wale przeciwpowodziowym Wisły. W wyniku przejścia fali powodziowej na Wiśle w 2010 r. nastąpiło obniżenie terenu od stopy wału do budynku przepompowni. Wymycie terenu pod rurociągiem oraz realna obawa uszkodzenia rurociągu spowodowały konieczność jego wymiany i dogęszczenia oraz stabilizacji podłoża pod rurociągami tłocznymi i wokół budynku przepompowni.

Sam Odwołujący wskazuje na następujący zakres zrealizowanych robót: rozebranie dwóch rurociągów tłocznych śr. 1000 mm z rur żelbetowych i częściowo z rur stalowych (wewnątrz pompowni) oraz jednego rurociągu o śr. 400 mm z rur żelbetowych i częściowo z rur stalowych (wewnątrz pompowni) na dł. 32 m każdy; wykonanie trzech rurociągów tłocznych z rur z żywicy poliestrowych śr. 1280x28 długości 32 m każdy; połączenie rurociągów tłocznych



z istniejącą armaturą w przepompowni; przebudowa jednego wylotu w komorze wylotowej ze śr. 400 mm na 1000 mm z klapą zwrotną skośną z polietylenu wysokiej gęstości HDPE; odbudowa rozebranego wału przeciwpowodziowego.

W ramach robót budowlanych na tym zadaniu nie były jednak prowadzone żadne roboty budowlane związane z przebudową, rozbudową, budową czy remontem pompowni melioracyjnej.

Odwołujący dopuścił się pewnej manipulacji przez dopisanie w nawiasach wyrazów „wewnątrz pompowni” w sytuacji, gdy w punktach 2.1.1.b.4, 2.3.1.4 i 2.3.2 PFU znajduje się następujący opis zakresu robót: „rozebranie dwóch rurociągów o średnicy 1000 mm z rur żelbetowych Wipro i częściowo z rur stalowych oraz jednego rurociągu średnicy 400 mm z rur żelbetowych Wipro i częściowo z rur stalowych na długości każdy 32,0 m”, nie zawierający wyrazów „wewnątrz pompowni”.

Wykonawca w ramach swoich obowiązków miał jedynie podłączyć nowo wykonane rurociągi z istniejącą armaturą pompowni w sposób zapewniający szczelność na połączeniu. Wszystkie prace objęte zakresem tego zamówienia wykonywane były poza urządzeniem pompowni, wykonawca nie wykonywał żadnych robót budowlanych, które mogłyby stanowić ingerencję w pompownię. Zakres prac budowlanych wykonanych na tym zadaniu spisany na okoliczność odbioru końcowego robót na tym obiekcie nie wskazuje również, że wykonawca wykonywał jakiegokolwiek prace budowlane na przepompowni.

W ramach wykonanych robót w obiekcie przepompowni Wola Rogowska nie wykonywano zatem robót polegających na rozbudowie, przebudowie, budowie lub remoncie tak zasadniczych elementów jak pompy, co jest decydującym elementem pompowni. Prace te również nie obejmowały robót związanych z częścią energetyczną, sterowaniem pompowni, ani z żadnymi pracami wykonywanymi wewnątrz pompowni. Dotyczyły jedynie wymiany rurociągów tłocznych w wale, które musiały zostać wymienione z powodu uszkodzenia i rozmycia wału, a są jedynie obiektami towarzyszącymi pompowni.

Kluczowym zagadnieniem jest zatem ustalenie, czy elementem (częścią) pompowni są przewody (rury) tłoczone połączone z pompami (agregatami pompowymi). Okoliczność taka nie została udowodniona przez Odwołującego.

Pompownie melioracyjne stosowane są do odpompowania wód z obszarów, z których ich naturalny, grawitacyjny odpływ nie jest możliwy. Dotyczy to naturalnych obszarów depresyjnych lub bezodpływowych oraz obszarów, z których naturalny odpływ wód został uniemożliwiony w wyniku działalności człowieka, np. w rezultacie budowy obwałowania sztucznego zbiornika lub wałów przeciwpowodziowych wzdłuż rzek.

Zamawiający przedstawił przykładowy schemat pompowni melioracyjnej z zaznaczonymi elementami: 1. retencyjny zbiornik dopływowy (ssawny), 2. pompownia, 3. rurociąg tłoczny,

4. wał przeciwpowodziowy, 5. odbiornik (rzeka),  $H_s$  – poziom w zbiorniku dopływowym,  $H_t$  – poziom w odbiorniku (rzece),  $H_{tmax}$  – maksymalny poziom w odbiorniku (rzece).

Wyjaśnił, że pompownia posiada z reguły zbiornik (1) gromadzący dopływające wody i dysponujący pewną (zazwyczaj niewielką) retencją, tzn. zdolnością do zgromadzenia określonej objętości. Zadaniem pompowni jest przerzut wody do odbiornika (5), którym najczęściej jest rzeka lub inny ciek wodny. Dla pracy pompowni istotne znaczenie ma sposób odprowadzenia wody do odbiornika, który może się odbywać otwartym kanałem, ale może również rurociągiem (3).

Zgodnie ze słownikowym rozumieniem (Słownik języka polskiego, t. II, PWN, Warszawa 1988), pompownia to zakład, pomieszczenie z zespołem pomp (wraz z urządzeniami pomocniczymi) służącymi do przemieszczania cieczy; stacja pomp, zaś przepompownia to urządzenie składające się z zespołu pomp i aparatury sterowniczej, służące do przepompowywania cieczy lub gazów, także budowla, w której się mieści to urządzenie, przy czym pompa to maszyna do podnoszenia cieczy z poziomu niższego na wyższy lub do przetłaczania cieczy z obszaru o ciśnieniu niższym do obszaru o ciśnieniu wyższym.

Zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego (<https://sip.pwn.pl/slowniki>) pompownia, przepompownia, stacja pomp to pomieszczenie (lub zakład), w którym pracują pompy, napędzające je silniki i urządzenia pomocnicze, przepompownia to także zespół urządzeń służący do przepompowywania cieczy lub gazów; też: budowla, w której się mieści ten zespół urządzeń, zaś pompa to urządzenie, które tłoczy ciecz lub gaz z miejsca na miejsce.

Jednak elementem (częścią) pompowni nie są przewody (rury) tłoczne – są jedynie połączone z pompami (agregatami pompowymi). Są one natomiast elementem systemu odprowadzenia wody (systemu przepompowywania wody), a z uwagi na to, że są połączone z urządzeniami w pompowni, nazywane są często przewodami (rurami) tłocznymi pompowni.

W myśl art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane pod pojęciem remontu należy 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. Przez przebudowę należy natomiast 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 (art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane).

Mając na uwadze powyższe definicje remontu i przebudowy oraz faktyczny zakres zrealizowanych prac, nie sposób przyznać racji Odwołującemu, że wykonywał on

w istniejącym obiekcie budowlanym, jakim jest pompownia, roboty budowlane polegające na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiące bieżącej konserwacji. Wszystkie roboty budowlane na tym zadaniu były prowadzone w obrębie rurociągów tłocznych, które są elementem systemu odprowadzenia wody (systemu przepompowywania wody), roboty te nie dotyczyły samego urządzenia, jakim jest pompa ani też nie obejmowały robót na pompowni melioracyjnej.

Co do powołania się przez Odwołującego na zaliczenie przedmiotowego doświadczenia w przetargu na „przebudowę i remont istniejącej przepompowni melioracyjnej Pawłów w msc. Pawłów, gm. Bolesław”, Zamawiający wskazał, że nie ma tożsamości podmiotowej pomiędzy nim a Województwem Małopolskim – Małopolskim Zarządem Melioracji i Urzędzeń Wodnych w Krakowie. Poza tym każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest niezależne od innych postępowań, a czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu prowadzonym obecnie lub w przeszłości nie mogą wpływać na czynności podjęte przez zamawiającego w obecnie prowadzonym postępowaniu, w szczególności, gdyby te czynności okazały by się być dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym w przywołanym postępowaniu doświadczenie nie stanowiło kryterium oceny ofert i nie było tożsamości brzmienia warunku.

Zamawiający nie zgodził się też ze stwierdzeniem Odwołującego, iż w wymogu dotyczącym doświadczenia brak było szczegółowego określenia zakresu wymaganych prac, gdyż w opisie kryterium wyraźnie wskazał, że chodzi o roboty w zakresie rozbudowy, przebudowy budowy lub remontu pompowni melioracyjnej. Z kolei rozbudowa, przebudowa, budowa lub remont są pojęciami zdefiniowanymi w ustawie Prawo budowlane.

### III Stanowisko Przystępującego

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Stwierdził, że przedmiotowe roboty w Woli Rogowskiej były wykonane przez firmę PRO-WOD Sp. z o.o., a nie przez Odwołującego, zatem może on nie znać szczegółów realizacji. Z oględzin, których dokonał Przystępujący na przepompowni, wynika, iż przyłączenie rurociągów następowało na zewnątrz budynku przepompowni, a nie wewnątrz. Również w dzienniku pompowni nie ma informacji, aby w trakcie prac korzystano z dostępu do budynku. Potwierdza to także punkt 2.3.2 PFU, w którym wskazano „armatura pompowni”, a nie „armatura w pompowni”.

### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący

ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, iż nie została spełniona przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nieprzesłanie Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem dokumenty, na które wskazywał Zamawiający jako nieprzesłane wraz z kopią odwołania, nie zostały załączone także do odwołania. Jak wskazał Odwołujący, były to dokumenty nieistniejące w chwili sporządzania odwołania – dowody, których przeprowadzenie uznał za celowe. Tym samym kopia odwołania przekazana Zamawiającemu odpowiadała oryginałowi odwołania przesłanemu Prezesowi Izby.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza na podstawie przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Zgodnie z przywołanym w ramach zarzutów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika z kolei, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W punkcie XIII ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał następujące kryteria oceny ofert: cena oferty brutto – 60%, okres gwarancji i rękojmi – 20%, doświadczenie kierownika budowy – 20%.

W ramach kryterium doświadczenia kierownika budowy punkty miały być przyznawane według następujących zasad: miała je otrzymać osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, która będzie pełnić obowiązki kierownika budowy i która nadzorowała w charakterze kierownika budowy lub robót zakończonych:

- 1 roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s – 5 pkt – 5%,
- 2 roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s – 10 pkt – 10%,
- 3 roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s – 5 pkt – 5%,
- 4 roboty budowlane w zakresie rozbudowy, przebudowy, budowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s – 20 pkt – 20%,
- w przypadku braku ww. doświadczenia – 0 pkt.

Oferta Odwołującego uzyskała: dla ceny – 59,62 punktów, dla okresu gwarancji i rękojmi – 16,67 punktów oraz dla doświadczenia kierownika budowy – 10 punktów, łącznie 86,29 punktów i zajęła drugą pozycję w rankingu ofert.

Odwołujący w ramach kryterium doświadczenia wskazał osobę posiadającą uprawnienia budowlane (kierownika budowy), która nadzorowała w charakterze kierownika budowy trzy zakończone roboty w zakresie rozbudowy, przebudowy lub remontu pompowni melioracyjnej o wydajności minimum 1 m<sup>3</sup>/s:

1. „Usuwanie szkód powodziowych na przepompowni Wola Rogowska w km 3+760 wału rzeki Wisły w msc. Wola Rogowska gm Wietrzychowice, pow. Tarnowski”,
2. „Przebudowa i remont istniejącej przepompowni melioracyjnej Pawłów w msc. Pawłów gm. Bolesław”,
3. „Rozbudowa pompowni w Jawiszowicach”.

Zamawiający uznał dwie ostatnie roboty budowlane, natomiast pierwsza, w jego ocenie, nie spełnia wymogu.

Jak wskazał Zamawiający w informacji o dokonanej ocenie oferty, a następnie w odpowiedzi na odwołanie, w ramach robót w obiekcie przepompowni Wola Rogowska nie wykonywano bowiem robót polegających na rozbudowie, przebudowie, budowie lub remoncie tak zasadniczych elementów jak pompy, co jest decydującym elementem pompowni ani robót związanych z częścią energetyczną, sterowaniem pompowni, jak też z żadnymi pracami wykonywanymi wewnątrz pompowni – prace dotyczyły jedynie wymiany rurociągów tłocznych

w wale, które musiały zostać wymienione z powodu uszkodzenia i rozmycia wału, a są jedynie obiektami towarzyszącymi pompowni.

Nie było sporne, że zakres zrealizowanych robót koncentrował się wokół: rozebrania dwóch rurociągów tłocznych śr. 1000 mm oraz jednego rurociągu o śr. 400 mm, wykonania trzech rurociągów tłocznych z rur z żywic poliestrowych, połączenia rurociągów tłocznych z istniejącą armaturą w przepompowni, przebudowy jednego wylotu w komorze wylotowej ze śr. 400 mm na 1000 mm z klapą zwrotną skośną oraz odbudowy rozebranego wału przeciwpowodziowego. Z przedstawionego podczas rozprawy PFU wynika także, że częścią prac było również m.in. dogęszczanie i stabilizacja podłoża wokół budynku przepompowni.

Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, faktycznym przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest rozumienie pojęcia „pompowni”, którym posłużył się Zamawiający w opisie kryterium.

Izba nie zgadza się jednak z poglądem, że z zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu kryterium można wnioskować, że w zakres wymogu wchodzi wyłącznie prace wykonywane w budynku pompowni, jak też prace wskazane przez Zamawiającego, tj. dotyczące samej pompy czy sterowania pompowni. Nie wynika to bowiem ani z treści wymogu, ani z innych okoliczności wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie można też uznać, że sama pokrótka definicja słownikowa pojęcia „pompownia” odnosi się w ogóle do elementów składowych obiektu budowlanego, z którym mamy do czynienia, przesądzając, co wchodzi w jego zakres, a co nie. Nie taki też był jej cel.

Ze względu na to, że nie przytoczono czy to legalnej, czy branżowej definicji pompowni (*notabene* – pojęcia tego nie wyjaśniono również w opinii z 26 kwietnia 2019 r., na którą powoływał się Zamawiający jako podstawę swojej decyzji o dokonanej punktacji), Izba oparła się na sposobie użycia tego pojęcia, dokonywanym w niniejszym postępowaniu odwoławczym, jak też w prowadzonych postępowaniach przetargowych.

Jest to w jej ocenie zgodne z założeniem interpretacyjnym zawartym w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Wynika z niego, że „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Przekładając ten przepis na stan faktyczny niniejszej sprawy, Izba wyszła z założenia, że pojęcie „pompowni” należy tak tłumaczyć, jak jest używane „zwyczajowo” (branżowo) i jak było używane w tym i wcześniejszych postępowaniach i umowach.

Analizując sposób użycia pojęcia „pompowni” Izba zauważyła, że jest ono używane w różnych znaczeniach – jako pompa (zespół pomp) z urządzeniami towarzyszącymi, jako sam budynek pompowni zawierający pompy oraz jako całego zespołu służącego pompowaniu/przepompowywaniu wody.

Po pierwsze należy zwrócić uwagę na tytuł postępowania – zadania powierzonemu wykonawcy w Woli Rogowskiej: „usuwanie szkód na przepompowni Wola Rogowska”, pomimo że *gros* zleconych prac nie było w ogóle związanych z budynkiem przepompowni, czy znajdującymi się w niej urządzeniami i instalacjami. Takie samo odniesienie do pompowni jako całości pojawia się też w treści programu funkcjonalno-użytkowego. Zatem udzielający zamówienia zamawiający stosował szerokie znaczenie pompowni jako całego funkcjonalnie powiązanego obiektu, którym zarządzał (nawet szersze niż Strony i Przystępujący w postępowaniu odwoławczym).

Po drugie, przedstawiając w odpowiedzi na odwołanie schemat pompowni melioracyjnej (i określając go jako schemat pompowni), Zamawiający nie odniósł się do samego budynku pompowni i jego urządzeń, co zresztą w ocenie Izby byłoby trudne i nie obrazowałyby sposobu działania pompowni, gdyż nie działa ona w próżni, lecz przepompowując wodę z jednego zbiornika do drugiego, także z użyciem rurociągów.

Również w samym opisie działania pompowni Zamawiający wskazał, że „pompownia posiada z reguły zbiornik gromadzący dopływające wody”, „zadaniem pompowni jest przerzut wody do odbiornika”, a „dla pracy pompowni istotne znaczenie ma sposób odprowadzenia wody do odbiornika, który może się odbywać otwartym kanałem lub rurociągiem”.

Wskazuje to w ocenie Izby jednoznacznie, że pojęcie pompowni jest używane nie tylko w odniesieniu do samych pomp, lecz także m.in. spornego rurociągu tłocznego. Który zresztą, jak dalej podał Zamawiający – nazywany jest często „przewodami (rurami) tłocznyymi pompowni” – zatem pojęciowo uznawany za element pompowni.

Należy także zauważyć, że ustawa Prawo budowlane jest aktem prawnym o charakterze ekspansywnym w tym znaczeniu, że z założenia swoim zakresem obejmuje szeroki obszar, a zawarte w jej art. 3 definicje są bardzo szerokie. Tak więc „obiekt budowlany” to budynek, budowla bądź obiekt małej architektury wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem; budowa – to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa i nadbudowa obiektu budowlanego; przebudowa to 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; a remont to 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.

Używane jeszcze w praktyce pojęcia takie jak „modernizacja” czy „adaptacja” stanowią o celu działania inwestora, który ma być osiągnięty (unowocześnienie, przeróbka, powiększenie itd.), ale z prawnego punktu widzenia będą klasyfikowane jako remont, przebudowa, rozbudowa itd.

Nie ma wątpliwości, że wymiana rurociągu tłoczego, jak i też inne prace wykonywane w zadaniu w Woli Rogowskiej wykraczały poza bieżącą konserwację, zatem muszą być zakwalifikowane jako któryś z rodzajów robót budowlanych wymienionych zarówno w Prawie budowlanym, jak i przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert, tj. jako remont, przebudowa, rozbudowa lub budowa (jak wskazano powyżej, Prawo budowlane jest tu ekspansywne i stara się wyczerpująco objąć całą dziedzinę robót budowlanych). I, jak słusznie wskazał Odwołujący, nie ma tu znaczenia, czy celem działania inwestora było „wyremontowanie”, „przebudowa”, przywrócenie stanu pierwotnego po zniszczeniu, usunięcie szkód, ulepszenie czy też wyłącznie wydatkowanie akurat posiadanych środków – znaczenie ma kwalifikacja robót według Prawa budowlanego jako remont, przebudowa itd.

Należy też przyznać rację Odwołującemu, że formułując kryterium i określając sposób przyznawania w jego ramach punktów, Zamawiający nie wskazał na konkretny zakres prac, którego nadzorowaniem miał się wykazać proponowany kierownik budowy. Natomiast oczywiste jest, że jeśli takie było jego oczekiwanie, powinno to zostać wskazane już na początku postępowania – w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie dopiero na etapie oceny ofert.

Z obecnego brzmienia kryterium natomiast nie wynika, że punktowane mogą być wyłącznie prace dotyczące jedynie samego systemu pomp.

Tym samym Izba uznała, że Odwołujący w sposób uprawniony oczekiwał przyznania mu punktów za doświadczenie również dla zadania „Usuwanie szkód powodziowych na przepompowni Wola Rogowska w km 3+760 wału rzeki Wisły w msc. Wola Rogowska gm Wietrzychowice, pow. Tarnowski” i orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 rozliczenia (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 20.000 złotych, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych oraz opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych, gdyż w postępowaniu odwoławczym działał tylko jeden pełnomocnik.

**Przewodniczący:** .....