

Sygn. akt: KIO 2043/19

WYROK

z dnia 24 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

,

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 października 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **11 października 2019 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. k. (Lider); ALSTAL Real Estate Sp. z o.o. (Partner); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Warmińsko - Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy **Hochtief Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących Wykonawcy: Admietz Sp. z o.o., z uwagi na ich uwzględnienie w całości przez Zamawiającego i uznanie że Hochtief Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa nie przysługują możliwości złożenia sprzeciwu w zakresie zarzutów które nie dotyczą jego oferty, a dotyczących innego Wykonawcy, tj. Admietz Sp. z o.o. Złożone oświadczenie w tym zakresie nie rodzi skutków prawnych;**
2. **oddala odwołanie w pozostałym zakresie dotyczącym zarzutów wobec Wykonawcy Hochtief Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa.**

3. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. k. (Lider); ALSTAL Real Estate Sp. z o.o. (Partner): z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo i:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konsorcjum Firm: 1) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. k. (Lider); ALSTAL Real Estate Sp. z o.o. (Partner): z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Konsorcjum Firm: 1) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. k. (Lider); ALSTAL Real Estate Sp. z o.o. (Partner): z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo** na rzecz **Hochtief Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Budowa budynku Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Nauk Społecznych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego przy ul. Warszawskiej w Olsztynie*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2019/S 138 - 338879 z 19.07.2019 r., przez Uniwersytet Warmińsko - Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 01.10.2019 r. (na: <http://platformazakupowa.pl/pn/umw.edu/>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – ADAMIETZ Sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie zwanej dalej: „*ADAMIETZ Sp. z o.o.*” albo „*ADAMIETZ*” albo „*Przystępującym po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2019/19 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2043/19*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta firmy: Hochtief Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa zwana dalej: „*Hochtief Polska S.A.*” albo „*Hochtief*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2019/19*” albo „*Przystępującym po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2043/19*”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta firmy: Konsorcjum Firm: 1) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. k. (Lider); ALSTAL Real Estate Sp. z o.o. (Partner); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo zwanego dalej: „*Konsorcjum ALSTAL*” albo „*Przystępującym po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2019/19*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2043/19*”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 15.10.2019 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2019/19, sygn. akt: KIO 2043/19 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia. W sprawie o sygn. akt: KIO 2019/19 zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

W dniu 11.10.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum ALSTAL wniosło odwołanie na w/w czynność z 01.10.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Niniejsze odwołanie zostało wniesione na 1. wybór oferty Adamietz Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu,

2. zaniechania wykluczeniu Hochtief Polska S.A. Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazuje, że nawet gdyby uznać, że Adamietz i Hochtief na obecnym etapie nie podlegają wykluczeniu, a oferta Adamietz nie podlega odrzuceniu, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny ofert Adamietz i Hochtief poprzez:

3. przyznanie ofercie Adamietz 16 pkt w kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*”, podczas gdy Zamawiający powinien przyznać wykonawcy 0 punktów w tym kryterium,

4. przyznanie ofercie Hochtief 16 pkt w kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*”, podczas gdy Zamawiający powinien przyznać wykonawcy 0 punktów w tym kryterium. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy oferta Adamietz powinna zostać odrzucona, ze względu na to, że treść oferty Adamietz jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferta nie obejmuje wykonania wszystkich robót budowlanych wynikających z dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego a stanowiącej podstawę do przygotowania oferty, co wynika ze złożonych przez Adamietz kosztorysów do oferty,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy:

a. Adamietz w formularzu oferty oświadczył, że osoba na stanowisko Kierownika budowy pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych na trzech wskazanych w formularzu oferty inwestycjach, podczas gdy osoba ta w rzeczywistości takiej funkcji nie pełniła, co doprowadziło do przyznania Adamietz 16 punktów w ramach kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*” a w konsekwencji do wyboru oferty Adamietz jako najkorzystniejszej, pomimo że Adamietz powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną na stanowisko Kierownika budowy, b. Hochtief w formularzu oferty oświadczył, że osoba na stanowisko Kierownika budowy pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych na trzech wskazanych w formularzu oferty inwestycjach, podczas gdy osoba ta w rzeczywistości takiej funkcji nie pełniła na co najmniej jednej z wymienionych inwestycji, co doprowadziło do przyznania Hochtief 16 punktów w ramach kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*”, pomimo że Hochtief powinien zostać wykluczony z Postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną na stanowisko Kierownika budowy.

3. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 opisanego powyżej, art. 91 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę ofert Adamietz i Hochtief i przyznania obu tym ofertom 16 punktów w ramach kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*” w sytuacji gdy Zamawiający powinien przyznać Adamietz i Hochtief w powyższym kryterium 0 punktów, co

w konsekwencji doprowadziło do ustalenia przez Zamawiającego nieprawidłowego rankingu ofert i wyboru oferty Adamietz jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy w przypadku prawidłowej oceny ofert, zgodnej kryteriami określonymi w SIWZ, najkorzystniejszą ofertą jest oferta Konsorcjum ALSTAL.

W związku z powyższym, wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenie Adamietz z postępowania i odrzucenie jego oferty,
4. wykluczenie Hochtief z postępowania,
5. a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu. Ponadto wnoszę o:
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania oraz przywołanych w treści odwołania, a znajdujących się w dokumentach postępowania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);
7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Niezgodność oferty Adamietz z treścią SIWZ. Zgodnie z pkt III.1. SIWZ przedmiotem postępowania jest wykonanie robót budowlanych zgodnie z projektem budowlanym, przedmiarami robót oraz opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ. Jednocześnie na podstawie pkt. III.5. SIWZ wykonawca miał obowiązek zapoznania się z zakresem robót budowlanych i dokumentacją projektową oraz wymogami wynikającymi z projektu umowy. Zamawiający w powyższym pkt. SIWZ wskazał również, że szczegółowy opis robót budowlanych przedstawiony został w dokumentacji projektowej. Zgodnie natomiast z pkt. III.16 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia oferty zgodnej z przedmiotem zamówienia. Z powyższych postanowień SIWZ bezsprzecznie wynika, że wykonawca składając ofertę powinien dokonać oceny zakresu robót wynikających z dokumentacji projektowej i na jego podstawie złożyć ofertę. Zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył ofertę, której cena powinna być obliczona na podstawie zakresu robót wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z dokumentacji projektowej. Adamietz wraz z ofertą złożył kosztorysy ofertowe, z których wynika w jaki sposób została przez niego ustalona cena złożonej oferty. Cena oferty Adamietz wynosi 70.1666.940,30 zł brutto i taka też cena wynika ze złożonych kosztorysów ofertowych. Oznacza to zatem, że w cenie oferty wynikającej z formularza oferty znajdują się te czynności, które zostały wycenione przez

Adamietz w kosztorysach ofertowych. Wykonawcy nie byli zobowiązani do złożenia wraz ofertą kosztorysów, co wynika ze zmiany treści SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 09.08.2019 r. Zgodnie z modyfikacją SIWZ Zamawiający wymagał, aby kosztorysy ofertowe zostały złożone przed podpisaniem umowy. Oznacza to, że wykonawcy powinni oszacować cenę oferty w oparciu o dokumentację projektową i przedstawić w ofercie całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Adamietz natomiast już wraz z ofertą przedstawił Zamawiającemu kosztorysy ofertowe. Pomimo tego, że nie były one wymagane, nie sposób jest pominąć ich przy weryfikacji oferty Adamietz. Kosztorysy te należy bowiem traktować jako uszczegółowienie zobowiązania wynikającego z oferty Adamietz. Na podstawie bowiem tych kosztorysów można ustalić jakie roboty wycenił w swojej ofercie wykonawca, a tym samym ocenić czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Kosztorysy Adamietz są sprzeczne z dokumentacją projektową. Adamietz dokonał w nich licznych zmian w stosunku do przedmiarów Zamawiającego pomijając pozycje znajdujące się w przedmiarze robót, dokonując zmiany ilości potrzebnych materiałów, jak i stosując inne materiały oraz technologie pozostające w sprzeczności z dokumentacją projektową. Doprowadziło to do znacznego obniżenia kosztów wykonania zamówienia, bowiem pominięte roboty, zmiany ilości robót niezbędnych do wykonania oraz modyfikacje materiałów jakie mają zostać zastosowane spowodowały, że cena oferty Adamietz nie uwzględnia kosztów w wysokości ponad 4 mln. zł netto, czyli ponad 5 mln. zł brutto. Tym samym gdyby uwzględnić pominięte i zmienione pozycje w kosztorysach, cena oferty Adamietz wynosiłaby ok 76 mln. zł brutto. Przede wszystkim z treści kosztorysów Adamietz wynika, że wykonawca pominął w swojej ofercie wykonanie robót budowlanych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Obowiązek ich wykonania wynika z dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego. Tym samym Adamietz poprzez brak wyceny części robót w kosztorysach potwierdził, że w ramach złożonej oferty ich nie wykona. Oznacza to, że oświadczenie Adamietz wynikające z oferty jest niezgodne z zakresem robót jakich wykonania oczekiwał Zamawiający. Ponadto z kosztorysów wynika, że Adamietz w ofercie zaproponował zupełnie inną ilość robót do wykonania niż ilość ustalona na podstawie dokumentacji projektowej. Adamietz natomiast wbrew zakresowi robót ustalonym na podstawie dokumentacji projektowej dokonał zmian ilości poszczególnych prac do wykonania. Powoduje to, że złożona oferta nie uwzględnia rzeczywistej ilości robót do wykonania wynikających z dokumentacji projektowej. W poszczególnych pozycjach kosztorysów Adamietz zmienił również materiały, z których skorzysta przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający wymaga zastosowania odpowiedniego rodzaju materiału, o pewnej jakości, grubości. Adamietz natomiast zmodyfikował niektóre pozycje, co powoduje, że złożona oferta nie uwzględnia prac wymaganych przez Zamawiającego. Za niezgodne z SIWZ należy uznać modyfikacje

polegające na uwzględnieniu w cenie oferty innego rodzaju prac niż te jakie Zamawiający wskazał w dokumentacji projektowej. W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że oferta złożona przez Adamietz jest niezgodna z dokumentacją projektową, podczas gdy z treści SIWZ jednoznacznie wynika, że oferta powinna uwzględniać wykonanie wszystkich robót z niej wynikających. Tym samym oferta Adamietz nie obejmuje wykonania przedmiotu zamówienia ustalonego przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. W konsekwencji również cena oferty nie obejmuje wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Mając na względzie powyższe, w tym w szczególności przywołane postanowienia SIWZ, bezspornie jest, że oferta Adamietz jest niezgodna z treścią SIWZ i z tego powodu powinna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Adamietz w zakresie doświadczenia osoby na stanowisku Kierownika budowy. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co istotne, wprowadzenie Zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp powoduje, że wykonawca podlega wykluczeniu bez możliwości uzupełnienia czy wyjaśnienia wprowadzających w błąd informacji. W orzecznictwie KIO nie ulega również żadnym wątpliwościom, że w przypadku zaktualizowania się omawianej przesłanki wykluczenia Zamawiający nie ma uprawnienia do wezwania takiego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów czy wyjaśnienia zidentyfikowanych niezgodności. Zgodnie z pkt. XIII.1. SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert było doświadczenie kierownika budowy. Zamawiający przypisał temu kryterium wagę 16%. Punkty w tym kryterium miały być przyznawane zgodnie z następującymi zasadami:

„a) doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno budowlanych przy realizacji robót budowlanych co najmniej trzech obiektów budowlanych użyteczności publicznej (o wartości min. 5 mln każdy) - otrzyma 16 pkt.

b) doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno — budowlanych przy realizacji robót budowlanych co najmniej dwóch obiektów budowlanych użyteczności publicznej (o wartości min. 5 mln każdy) - otrzyma 8 pkt.

c) doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno budowlanych przy realizacji robót budowlanych co najmniej jednego obiektu budowlanego użyteczności publicznej (o wartości min. 5 mln każdy) - otrzyma 0 pkt.”

Adamietz wskazał w ofercie na stanowisko kierownika budowy M. J. . Zgodnie ze złożonym oświadczeniem osoba ta ma rzekomo posiadać doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno » budowlanych przy realizacji trzech zadań:

- a) „Budowa budynku Lotniskowej Straży Pożarnej oraz rozbiórki i adaptację budynków administracyjno - gospodarczych wraz z infrastrukturą towarzyszącą Portu Lotniczego „Mazury” w Szymanach”,
- b) „Kontynuacja budowy całorocznej infrastruktury sportowo rekreacyjnej nad jeziorem krzywym w Olsztynie”
- c) „Budowa Centrum Symulacji Medycznych przy ul. Warszawskiej w Olsztynie”.

Zamawiający nie weryfikując wskazanego przez Adamietz doświadczenia M. J., przyznał wykonawcy maksymalną liczbę 16 punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenia kierownika budowy”. Opisane działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, gdyż M. J. nie zajmowała stanowiska kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych w ramach inwestycji wskazanych przez Adamietz w ofercie. Adamietz wprowadził zatem Zamawiającego w błąd co do posiadanego przez nią doświadczenia, co w konsekwencji powoduje, że powinien on zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący zweryfikował doświadczenie M. J. i zwrócił się do odpowiednich podmiotów-zamawiających oraz właściwych Inspektoratów Nadzoru Budowlanego celem potwierdzenia jej doświadczenia. Poniżej przedstawiam informacje potwierdzające, że nie zajmowała ona stanowiska kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych na inwestycjach wskazanych w ofercie Adamietz.

Ad. a) „Budowa budynku Lotniskowej Straży Pożarnej oraz rozbiórki i adaptację budynków administracyjno - gospodarczych wraz z infrastrukturą towarzyszącą Portu Lotniczego „Mazury” w Szymanach”. Pismem z 11.09.2019 r. Odwołujący zwrócił się do zamawiającego spółki Warmia i Mazury sp. z o.o., o potwierdzenie, że M. J. pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych na wyżej wskazanej inwestycji. Pismem z 24.09.2019 r. zamawiający Warmia i Mazury sp. z o.o. odpowiedział, że „p. M. J. nie pełniła dla opisanej inwestycji funkcji kierownika budowy, jak również kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych”.

Ad. b) „Kontynuacja budowy całorocznej infrastruktury sportowo rekreacyjnej nad jeziorem krzywym w Olsztynie”. Pismem z 11.09.2019 r. Odwołujący zwrócił się do zamawiającego - Urzędu Miasta Olsztyn, o potwierdzenie, że M. J. pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych na wyżej wskazanej inwestycji. Pismem z dnia 30 września 2019 roku Urząd Miasta Olsztyn odpowiedział, że M. J. pełniła jedynie funkcję Przedstawiciela Wykonawcy w okresie od dnia 11.08.2014 r. do dnia 21.07.2015 r. Podkreślił, że stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy nie jest samodzielną funkcją

techniczną w rozumieniu Prawa budowlanego, a za taką należy uznać kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych. Zamawiający wymagał, aby doświadczenie osoby na stanowisko Kierownika budowy odnosiło się do zajmowania stanowiska kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych. Tym samym, oświadczenie Adamietz, że M. J. pełniła taką funkcję na omawianej inwestycji jest błędne, co wprost wynika z informacji uzyskanych od Urzędu Miasta Olsztyn. Pismem z 10.09.2019 r., Odwołujący zwrócił się również z tożsamym wnioskiem do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Olsztynie, uzyskując w tym samym dniu odpowiedź wskazującą, że w dokumentach znajdujących się w posiadaniu organu brak jest informacji, aby M. J. pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych w trakcie wskazanej inwestycji.

Ad. c) „Budowa Centrum Symulacji Medycznych przy ul. Warszawskiej w Olsztynie” Odwołujący zwrócił się z wnioskiem do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Olsztynie, uzyskując w tym samym dniu odpowiedź wskazującą, że w dokumentach posiadanych przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w Olsztynie brak jest informacji, aby M. J. pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno- budowlanych w trakcie wskazanej inwestycji. Mając na względzie wyżej wskazane informacje i dowody należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom Adamietz, M. J. nie posiada doświadczenia zawodowego wymienionego w ofercie. Na żadnej ze wskazanych przez Adamietz inwestycjach M. J. nie pełniła bowiem funkcji kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych. Tym samym oświadczenie jest oczywiście nieprawdziwe, a celem Adamietz było wprowadzenie Zamawiającego w błąd i uzyskanie punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budowy”. Profesjonalny wykonawca składając ofertę i deklarując doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy powinien zweryfikować przekazywane Zamawiającemu informacje. Sprawdzenie tych informacji nie wymagało nadmiernego trudu, gdyż dane dotyczące osób na stanowiskach kierowników robót są dostępne w Powiatowych Inspektoratach Nadzoru Budowlanego. Ponadto wszystkie inwestycje wymienione jako rzekome doświadczenie M. J. polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych były inwestycjami wykonywanymi na rzecz podmiotów publicznych, które zobowiązane są do udzielenie każdemu zainteresowanemu informacji na temat prowadzonych inwestycji, w tym na temat osób pełniących funkcje kierowników robót na budowach. W konsekwencji niezaprzeczalne jest, że Adamietz ponosi odpowiedzialność za nieprawidłowe informacje znajdujące się w treści jego oferty dotyczące doświadczenia M. J., gdyż w wyniku niedbalstwa (a co najmniej lekkomyślności) wprowadził Zamawiającego w błąd co miało wpływ na ocenę ofert. W związku z przedstawionymi dowodami, spełnione

zostały przesłanki wykluczenia Adamietz z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Błędna ocena oferty Adamietz w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budów” - zarzut ewentualny. Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd (pkt 3 powyżej), należy wskazać, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Adamietz poprzez przyznanie wykonawcy 16 punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budów”. Zgodnie bowiem z dowodami przedstawionymi w pkt. 3 odwołania, M. J. na żadnej inwestycji wymienionej w ofercie Adamietz nie pełniła funkcji kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych. Dowody przedstawione przez Odwołującego jednoznacznie to potwierdzają. W związku z powyższym i zgodnie z kryterium oceny ofert (pkt XIII.1. SIWZ), w przypadku gdy osoba na stanowisko kierownika budowy pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przy realizacji jednego lub mniej obiektów budowlanych Zamawiający powinien przyznać 0 pkt. Tym samym Adamietz powinien otrzymać 0 pkt. w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy”, a zatem łącznie Zamawiający uprawniony był do przyznania temu wykonawcy jedynie 84 pkt, co powoduje, że oferta Adamietz nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Dokonana ocena oferty jest niezgodna z kryteriami oceny określonymi przez Zamawiającego w pkt. XIII SIWZ. W związku z powyższym, Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Hochtief w zakresie doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika budowy. Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania Hochtief na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp pomimo tego, że wykonawca ten (podobnie jak Adamietz) wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia osoby na stanowisko kierownika budowy. Zaniechanie Zamawiającego spowodowało, że oferta Hochtief otrzymała 16 pkt. w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” a w konsekwencji oferta tego wykonawcy została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert. Hochtief wskazał w ofercie na stanowisko Kierownika budowy T. M. . Zgodnie ze złożonym oświadczeniem osoba ta posiada rzekomo doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przy realizacji trzech zadań:

- a) „Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo - usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego),
- b) „Budowa budynku biurowego Adgar Plaża B w Warszawie”,
- c) „Budowa 4 gates autobusowych w strefie Non Schengen na poziomie „0” wraz z adaptacją pomieszczeń w pirsie południowym oraz w Terminalu T1 - Zadanie nr 1 (tj. przebudowa

części pirsu północnego w celu utworzenia dodatkowych poczekalni w ramach przebudowy lotniska użytku publicznego)".

Zamawiający nie weryfikując wskazanego przez Hochtief doświadczenia T. M., przyznał wykonawcy maksymalną liczbę 16 pkt. w kryterium oceny ofert „Doświadczenia kierownika budowy”. Odwołujący weryfikując doświadczenie T. M. zwrócił się do zamawiających, na rzecz których realizowane były inwestycje wskazane w ofercie Hochtief, oraz do właściwych Inspektoratów Nadzoru Budowlanego z prośbą o potwierdzenie czy T. M. pełnił na tych inwestycjach funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych, a tym samym posiada zadeklarowane w ofercie doświadczenie. Odwołujący zwrócił się do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Warszawie (pismem z 10.09.2019 r.), z pytaniem czy T. M. pełnił funkcję kierownika budowy oraz kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych na wyżej wskazanych inwestycjach, co potwierdzone zostałoby wpisem w dzienniku budowy lub zgłoszeniem do Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w trakcie robót. Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego udzielił odpowiedzi jedynie co do inwestycji pn. „Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo - usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego”. Odwołujący zwrócił się ponownie do organu o udzielenie odpowiedzi zgodnie z pełną treścią wniosku. Do dnia jednak wniesienia odwołania Konsorcjum ALSTAL nie uzyskało odpowiedzi, pomimo tego że upłynął już termin na udzielenie informacji publicznej przez organ. W konsekwencji Odwołujący zastrzega możliwość uzupełnienia informacji na temat doświadczenia T. M. w trakcie postępowania odwoławczego.

Ad. a) „Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo - usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego)”. W odpowiedzi na wyżej wskazany wniosek Odwołującego skierowany do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego, organ po analizie dokumentów budowy pismem z dnia 17 września 2019 roku wskazał, że p. M. nie brał udział w inwestycji jako kierownik budowy bądź kierownik robót konstrukcyjno - budowlanych. Pomimo powyższego, Hochtief oświadczył w ofercie, że T. M. pełnił funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przy realizacji inwestycji pn. „Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo - usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego)”. Takie oświadczenie jest oczywiście nieprawdziwe, a celem Hochtief było uzyskanie punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy”, co było świadomym wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Podkreślił, że generalnym wykonawcą robót wyżej wskazanej inwestycji był właśnie Hochtief. Tym samym Hochtief wie kto pełnił funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych, a w związku z tym winę za podanie nieprawidłowych informacji w ofercie ponosi Hochtief.

Takie zachowanie Hochtief nosi znamiona co najmniej niedbalstwa. W związku z przedstawionymi dowodami, spełnione zostały okoliczności wykluczenia Hochtief z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nie można bowiem zaprzeczyć, że informacje dotyczące doświadczenia T. M. wprowadziły Zamawiającego w błąd. Działanie to miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający zaniechał wykluczenia Hochtief z postępowania i przyznał punkty Hochtief w kryterium oceny „*Doświadczenie kierownika budowy*” pomimo tego, że ziszczyły się podstawy wynikające z pkt. XIII. 1. SIWZ. Tym samym można stwierdzić, że w stosunku do Hochtief spełniła się przesłanka wykluczenia z postępowania wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Błędna ocena oferty Hochtief w kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*” - zarzut ewentualny. Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd (pkt 5 powyżej), należy wskazać, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Hochtief poprzez przyznanie wykonawcy 16 punktów w kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*”. Zgodnie bowiem z dowodami przedstawionymi w pkt. 3 odwołania, T. M. nie pełnił funkcji kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przy realizacji inwestycji pn. „Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo - usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego)”. Dowody przedstawione przez Odwołującego jednoznacznie to potwierdzają. W związku z powyższym Zamawiający nie powinien przyznać Hochtief punktów w kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*” za wyżej wskazane rzekome doświadczenie T. M. . Jednocześnie Hochtief nie powinien otrzymać punktów za doświadczenie T. M. w związku z realizacją inwestycji „*Budowa 4 gates autobusowych w strefie Non Schengen na poziomie „0” wraz z adaptacją pomieszczeń w pirsie południowym oraz w Terminalu T1 - Zadanie nr 1 (tj. przebudowa części pirsu północnego w celu utworzenia dodatkowych poczekalni w ramach przebudowy lotniska użytku publicznego)*”. Zgodnie z oświadczeniem Hochtief w ofercie inwestycja ta nie jest jeszcze zakończona, a tym samym niedopuszczalne jest twierdzenie, że T. M. zdobył już oczekiwane przez Zamawiającego doświadczenie zawodowe. Inwestycja jest nadal realizowana i nie ma żadnej pewności czy Hochtief należycie wykona roboty, czy T. M. wypełni prawidłowo swoje obowiązki, a wreszcie czy zamawiający - Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze potwierdzi prawidłowe wykonanie robót. Zamawiający w kryteriach oceny ofert nie może przyznawać punktów za doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy, które to doświadczenie odnosi się do realizowanych jeszcze robót. Prowadziłoby to bowiem do zupełnie nieracjonalnych wniosków, że wystarczające jest jedynie powołanie osoby na pełnienie funkcji bez konieczności, aby osoba ta w rzeczywistości zdobyła doświadczenia w trakcie całego procesu budowlanego.

Formułowanie kryterium odnoszącego się do doświadczenia kadry wykonawcy ma na celu wyższą ocenę oferty tego wykonawcy, który dysponuje doświadczoną kadrą. Nie można stwierdzić, że wykonawca taką kadrą dysponuje, jeżeli inwestycje, na których kadra ta sprawuje funkcje nie są ukończone. Weryfikacja prawidłowości podejmowanych czynności przez kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych następuje z chwilą odbioru robót przez zamawiającego albo uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Wcześniej weryfikacja pracy kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych nie jest możliwa, nie dotyczy bowiem oceny wszystkich robót, które kierownik nadzorował. Tym samym w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budowy” punkty powinny być przyznawane z tytułu doświadczenia osoby w inwestycjach już ukończonych. Abstrahując od powyższego, zgodnie z pkt XIII.1. SIWZ punkty w omawianym kryterium powinny być przyznawane z tytułu pełnienia funkcji kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przy budowie obiektu budowlanego użyteczności publicznej. Obiekt budowlany natomiast powstaje dopiero po zrealizowaniu wszystkich robót budowlanych, w wyniku których obiekt może pełnić samodzielną funkcję gospodarczą lub techniczną. Zgodnie z definicją legalną wynikającą z art. 2 pkt 5d) PZP przez obiekt użyteczności publicznej obiekcie budowlanym należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Powyższe wynika również z definicji obiektu budowlanego zamieszczonej w art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane. Skoro inwestycja pn. *„Budowa 4 gates autobusowych w strefie Non Schengen na poziomie „0” wraz z adaptacją pomieszczeń w pirsie południowym oraz w Terminalu T1 - Zadanie nr 1 (tj. przebudowa części pirsu północnego w celu utworzenia dodatkowych poczekalni w ramach przebudowy lotniska użytku publicznego)”*, nie zakończyła się nie sposób stwierdzić, że powstał już obiekt budowlany użyteczności publicznej. W związku z powyższym, doświadczenie T. M. w pełnieniu funkcji kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych na powyższej inwestycji nie może być uznane za doświadczenie przy zrealizowaniu obiektu budowlanego. Mając na względzie powyższe, Zamawiający nie był uprawniony do przyznania Hochtief punktów z tytułu wskazanego w ofercie doświadczenia T. M. z tytułu dwóch inwestycji: *„Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo-usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego)”*; *„Budowa 4 gates autobusowych w strefie Non Schengen na poziomie „0” wraz z adaptacją pomieszczeń w pirsie południowym oraz w Terminalu T1 - Zadanie nr 1 (tj. przebudowa części pirsu północnego w celu utworzenia dodatkowych poczekalni w ramach przebudowy lotniska użytku publicznego)”*

Tym samym, Hochtief wskazał co powyżej 1 inwestycję jako doświadczenie T. M., która spełnia wymagania Zamawiającego odnoszące się do punktowanego doświadczenia

osoby na stanowisko kierownika budowy. Zgodnie z pkt. XIII.1. SIWZ Hochtief powinien w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budowy” otrzymać 0 pkt. W konsekwencji Hochtief powinien łącznie pkt. XIII.1. SIWZ Hochtief powinien w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budowy” otrzymać 0 pkt W konsekwencji Hochtief powinien łącznie otrzymać jedynie 79,21 pkt po ocenie oferty na podstawie wszystkich kryteriów określonych w SIWZ. Podsumowując, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów odnoszących się do wykluczenia Adamietz i Hochtief oraz odrzucenia oferty Adamietz, należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał błędnej oceny ofert. W sytuacji prawidłowej oceny ranking ofert jako najkorzystniejsza powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

Zamawiający w dniu 14.10.2019 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.10.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) przez ADAMIETZ Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia nie została przekazana Odwołującemu. W konsekwencji Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ADAMIETZ Sp. z o.o.

W dniu 17.10.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hochtief Polska S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia zgłaszającego przystąpienie z udziału w postępowaniu oraz obniżenia przyznanej punktacji. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Hochtief Polska S.A.

W dniu 18.10.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił także odwołanie o sygn. akt: KIO 2043/19 w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów i skutecznego zakwestionowania Wykonawców, których oferty uplasowały się na pozycji pierwszej - ADAMIETZ Sp. z o.o. oraz na pozycji drugiej - Hochtief Polska S.A., ma szansę na uzyskanie zamówienia.

W zakresie zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego - ADAMIETZ Sp. z o.o., Izba uznała że dokonane zgłoszenie jest nieskuteczne, z uwagi na brak przekazania kopii zgłoszonego przystąpienia Odwołującemu (art. 185 ust. 2 zdanie drugie Pzp). Nadto, na posiedzeniu – nie stawił się zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego ADAMIETZ Sp. z o.o. Prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia (16.10.2019 r.). Dowód w aktach postępowania w sprawie KIO 2019/19, ale jest tam także oddzielne zawiadomienie dla KIO 2043/19. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że nie otrzymał kopii zgłoszonego przystąpienia tego Wykonawcy. Zamawiający okazał swoją kopie, z której Izba sporządziła duplikat w aktach postępowania w sprawie KIO 2019/19. Jednocześnie, Izba wskazuje, że nie dysponowała w aktach postępowania dowodami przekazywania kopii przystąpienia ADAMIETZ Sp. z o.o. obu stronom postępowania – zgłoszenie przystąpienia było do obu postępowań (tak KIO 2019/19, jak i KIO 2043/19).

Nadto, Izba podkreśla, że skoro ADAMIETZ Sp. z o.o. nie stawił się na posiedzeniu, tym samym zrezygnował z ewentualnego wykazywania skutecznego przekazania kopii przystąpienia po stronie Zamawiającego Odwołującemu. Jednocześnie, zrezygnował tym samym, z możliwości złożenia ewentualnego sprzeciwu. Jego nie stawienie uznaje się także zgodnie z orzecznictwem za brak sprzeciwu w tym zakresie (w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14, z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08. 2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09. 2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r., sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16, z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16, z 31.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1563/16 z 06.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1770/17, z 05.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1251/18 oraz z 04.06.2019 r., sygn. akt: KIO 908/19).

Z kolei, w zakresie zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego - Hochtief Polska S.A., Izba uznała że dokonane zgłoszenie jest skuteczne.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płycie CD. Jednocześnie wobec braku w przesłanej dokumentacji, Izba pobrała z platformy zakupowej Zamawiającego: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/241970> - odpowiedzi na pytania nr 11 (pismo z 08.08.2019 r.) – w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 6.

Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również załączone przez Odwołującego jako dowód do odwołania:

- 1) zestawienie brakujących pozycji w kosztorysie Adamietz;
- 2) zestawienie pozycji kosztorysu Adamietz obejmujące niezgodne z dokumentacją projektową ilości robót do wykonania;
- 3) zestawienie pozycji kosztorysu Adamietz obejmujące roboty niezgodne z dokumentacją projektową;
- 4) pismo ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z 11.09.2019 r. do Warmia i Mazury Sp. z o.o.;
- 5) pismo Warmia i Mazury sp. z o.o. z 24.09.2019 r.;
- 6) pismo ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z 11.09.2019 r. do Urzędu Miasta Olsztyn;
- 7) pismo Urzędu Miasta Olsztyn z 30.09.2019 r.;
- 8) pismo Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego z 10.09.2019 r.;
- 9) pismo ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z 10.09.2019 r. do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Warszawie;
- 10) pismo Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Warszawie z 17.09.2019 r.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie:

- 1) informację z Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego dla m. st. Warszawy (pismo z 15.10.2019 r.);
- 2) pismo Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Warszawie z 22.10.2019 r.;
- 3) pismo wystosowane do Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” z 08.10.2019 r.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Przystępującego – Hochtief Polska S.A. jako dowód na rozprawie:

- 1) pismo od właściciela budynku Adgar Plaza B z 15.10.2019 r. oraz od inwestora inwestycji dotyczącej budynków Koneser z 14.10.2019 r. wraz z poświadczeniami i referencjami celem unaocznienia o jakie inwestycje chodzi i że zostały one wykonane prawidłowo;

2) kopie dzienników budowy dla wszystkich trzech inwestycji przesłanych Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami z 17.10.2019 r. wraz z kopią umowy nr PL/18/000100/TLLZZ/0 oraz protokołem odbioru końcowego z 25.05.2018 r. i protokołem usunięcia usterek z 19.06.2019 r. za I etap inwestycji na lotnisku Okęcie;

3) kopię uprawnień p. T. M., tj. zaświadczenie o nr weryfikacyjnym MAZ-PCG-1HE-LWP oraz decyzję nr 452/U/01 z 22.10.2001 Wojewody Mazowieckiego.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Zamawiającego – jako dowód na rozprawie, na wniosek przewodniczącego składu orzekającego:

- kopie wyjaśnień otrzymane od Przystępującego z 17.10.2019 r. /zweryfikowano na rozprawie, iż kopie dzienników budowy złożone na rozprawie przez Przystępującego są tożsame z tymi z załączonymi do niniejszych wyjaśnień/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie /uwzględnienie w całości/, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Przystępujący po stronie Zamawiającego Hochtief Polska S.A. na koniec rozprawy przedłożył także jako załącznik do protokołu – swoje pisemne stanowisko.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Dotyczy zarzutów odnoszących się do Wykonawcy: Hochtief Polska S.A.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy oferta Adamietz powinna zostać odrzucona, ze względu na to, że treść oferty Adamietz jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferta nie obejmuje wykonania wszystkich robót budowlanych wynikających z dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego a stanowiącej podstawę do przygotowania oferty, co wynika ze złożonych przez Adamietz kosztorysów do oferty,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy:

a. Adamietz w formularzu oferty oświadczył, że osoba na stanowisko Kierownika budowy pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych na trzech wskazanych w formularzu oferty inwestycjach, podczas gdy osoba ta w rzeczywistości takiej funkcji nie pełniła, co doprowadziło do przyznania Adamietz 16 pkt w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budowy”, a w konsekwencji do wyboru oferty Adamietz jako najkorzystniejszej, pomimo że Adamietz powinien zostać wykluczony z postępowania

z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną na stanowisko Kierownika budowy,

b. Hochtief w formularzu oferty oświadczył, że osoba na stanowisko Kierownika budowy pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych na trzech wskazanych w formularzu oferty inwestycjach, podczas gdy osoba ta w rzeczywistości takiej funkcji nie pełniła na co najmniej jednej z wymienionych inwestycji, co doprowadziło do przyznania Hochtief 16 pkt w ramach kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*”, pomimo że Hochtief powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną na stanowisko Kierownika budowy.

3. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 opisanego powyżej, art. 91 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę ofert Adamietz i Hochtief i przyznania obu tym ofertom 16 punktów w ramach kryterium oceny ofert „*Doświadczenie Kierownika budowy*” w sytuacji gdy Zamawiający powinien przyznać Adamietz i Hochtief w powyższym kryterium 0 pkt, co w konsekwencji doprowadziło do ustalenia przez Zamawiającego nieprawidłowego rankingu ofert i wyboru oferty Adamietz jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy w przypadku prawidłowej oceny ofert, zgodnej kryteriami określonymi w SIWZ, najkorzystniejszą ofertą jest oferta Konsorcjum ALSTAL.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie /uwzględnienia w całości/. Nadto, na posiedzeniu Przystępujący po stronie Zamawiającego Hochtief Polska S.A. złożył na piśmie - sprzeciw co do uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty. Następnie z ostrożności procesowej, z uwagi na kwestionowanie możliwości składania częściowego sprzeciwu przez Odwołującego, złożył sprzeciw co do uwzględnienia odwołania w całości, czyli także w zakresie zarzutów dotyczących oferty ADAMIETZ Sp. z o.o. Izba z uwagi na zaistniałą sytuację, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę warunkowo w całości, zastrzegając przy tym, że odnośnie możliwości składania sprzeciwu częściowego odniesie się do tej kwestii, tj. jego dopuszczalności i konsekwencji z tego wynikających, w uzasadnieniu. Podczas rozprawy Odwołujący oraz Przystępujący odnosili się na zarzutach dotyczących Hochtief Polska S.A.

W dalszej kolejności Izba powołuje się na Rozdz. XIII. 1 – „Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy”. Należało je przedstawić w ramach formularza ofertowego (zał. nr 2 do SIWZ po zmianie). Hochtief Polska S.A. przedstawił w swojej ofercie - Kierownika budowy

p. T. M. . Zgodnie ze złożonym oświadczeniem osoba ta posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przy realizacji trzech zadań:

- a) „Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo - usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego)”,
- b) „Budowa budynku biurowego Adgar Plaża B w Warszawie”,
- c) „Budowa 4 gates autobusowych w strefie Non Schengen na poziomie „0” wraz z adaptacją pomieszczeń w pirsie południowym oraz w Terminalu T1 - Zadanie nr 1 (tj. przebudowa części pirsu północnego w celu utworzenia dodatkowych poczekalni w ramach przebudowy lotniska użytku publicznego)”.

Przy tym w każdym z trzech przypadków znajduje się stwierdzenie, że: „na stanowisku Kierownika Budowy (...) równolegle na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych”.

W Rozdział V pkt 2.2 lit. a) SIWZ wskazano: „2.2.W zakresie warunku wskazanego w art. 22 ust. 1b pkt. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi oraz posiadającymi wymagane kwalifikacje zawodowe i wykształcenie, niezbędne do wykonywania zamówienia, tj. a) w specjalności konstrukcyjno - budowlanej: Kierownik budowy.

- wymagane kwalifikacje: wyższe wykształcenie techniczne budowlane, uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia w tej specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - zgodnie z polskim prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane umożliwiające wykonywanie tych samych czynności, do wykonania których w aktualnym stanie prawnym uprawniają uprawnienia budowlane tej specjalności; doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przy realizacji robót budowlanych co najmniej jednego obiektu budowlanego użyteczności publicznej (o wartości min. 5 mln) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.”

W Rozdział VI pkt 3.2 SIWZ wskazano: „3. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

3.1. (...)

3.2. Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do

wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami i ich doświadczeniu. Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ.”.

W ramach odpowiedzi na pytania nr 11 (pismo z 08.08.2019 r.) – w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 6 – stwierdzono: „Pytanie nr 6: Rozdział V pkt 2.2 lit. a) oraz Rozdział XIII pkt I SIWZ - W związku z niejasnościami dotyczącymi doświadczenia osoby skierowanej do pracy na stanowisku kierownik budowy, prosimy o potwierdzenie iż Zamawiający uzna doświadczenie kierownika budowy na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych oraz kierownika budowy przy realizacji robót budowlanych. W obecnym brzmieniu zapis dyskryminuje osoby pełniące funkcję kierownika budowy dla inwestycji, które zdobyły większą wiedzę zgodnie z pełnionymi obowiązkami. Odpowiedź: Zamawiający odmawia zmiany zapisów.” Do dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów dotyczących Wykonawcy ADAMIETZ Sp. z o.o. W tym zakresie, Izba jak w sentencji, umorzyła postępowanie odwoławcze odnośnie niniejszych zarzutów, z uwagi na uwzględnienie w całości odwołania o sygn. akt: KIO 2043/19, czyli także tych zarzutów, przez Zamawiającego. Jednocześnie uznając zarazem, że sprzeciw wobec zarzutów, które nie dotyczyły - Hochtief Polska S.A. – nie przysługuje temu Wykonawcy. Jego złożenie, które miało miejsce na posiedzeniu de facto było efektem zaistniałych okoliczności. Sprzeciw został złożony w dużej mierze z ostrożności procesowej. Izba zastrzegła także w protokole, że odniesie się w uzasadnieniu orzeczenia co do możliwości złożenia sprzeciwu częściowego, tj. jego dopuszczalności i konsekwencji z tego wynikających. Kontynuując Izba wskazuje, że dopuszcza możliwość złożenia sprzeciwu częściowego, uznając zarazem, tak jak w sentencji, że sprzeciw co do zarzutów innego Wykonawcy jest niedopuszczalny, gdyż byłoby to działaniem niezgodnym z jego interesem (Hochtief Polska S.A. w rankingu złożonych ofert z 01.10.2019 r. uplasował się na drugiej pozycji, a ADAMIETZ Sp. z o.o. – zajął pierwszą pozycję /a jego oferta wybrana jako najkorzystniejsza/). Z tych względów taki sprzeciw nie rodzi skutków prawnych, stąd umorzenie w tym zakresie postępowania odwoławczego co do zarzutów dotyczących Wykonawcy ADAMIETZ Sp. z o.o., mimo warunkowego skierowania na rozprawę. Inne działanie byłoby sprzeczne z ratio legis instytucji wnoszenia sprzeciwu i poprzedzającego jego, zgłoszenia przystąpienia po jednej ze stron. Izba uznała zarazem możliwość wniesienia

sprzeciwu częściowego przez Hochtief Polska S.A. wobec zarzutów, które także zostały uwzględnione przez Zamawiającego, a dotyczących właśnie Wykonawcy Hochtief Polska S.A. Jednocześnie, przechylając się do stanowiska Hochtief Polska S.A., że jego sprzeciw jest de facto wobec całości odwołania, które pozostało do rozpoznania, Jednocześnie, Izba wskazuje że kwestia częściowego sprzeciwu była już elementem rozważań orzecznictwa za wyrokiem KIO z 15.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1175/16, KIO 1181/16: *„Odwołania, a ściślej zarzuty i żądania przedmiotowych odwołań dotyczą wielu wykonawców, ich udziału w postępowaniu i punktacji ich wniosków. Zamawiający w całości odwołania uwzględnił. Wykonawcy przystępujący po stronie Zamawiającego, których dotyczyły zarzuty odwołań, stanęli wobec alternatywy nie wnoszenia sprzeciwu i pogodzenia się np. z ewentualnym ich wykluczeniem/niezakwalifikowaniem do dalszego etapu postępowania przez Zamawiającego, którego nie będą mogli zakwestionować na drodze środków ochrony prawnej (w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp), albo wniesienia sprzeciwu i pomimo ewentualnego obronienia swoich wniosków, narażenia się na konsekwencje finansowe uwzględnienia odwołania przez Izbę w związku z prawdopodobną zasadnością zarzutów odwołań dotyczących wykonawców, którzy do postępowania odwoławczego nie przystąpili. Natomiast Izba zmuszona byłaby rozstrzygać zarzuty, co do których spór pomiędzy stronami (odwołującym a przystępującym wnoszącym sprzeciw) właściwie nie istnieje - przystępujący nie są często zainteresowani ani zdolni do powoływania okoliczności faktycznych i argumentów zwalczających zarzuty odwołania dotyczące ich konkurentów.*

Opisana powyżej sytuacja i jej konsekwencje związane z brakiem instytucji częściowego sprzeciwu względem uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania stanowi techniczną lukę w prawie, której brak wypełnienia prowadzi do procesowych skutków rażąco naruszających poczucie sprawiedliwości i zwykłą racjonalność w stosowaniu przepisów prawa. Lukę tę należało więc wypełnić postępując się analogiami do uregulowanych instytucji procesowych - orzekania o całości odwołania, względem którego uwzględnienia przez zamawiającego wniesiono sprzeciw oraz umorzenia całości postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu. Należało się również kierować przy tym sposobem w jaki lukę tę wypełnił ustawodawca nowelą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020).

Z powyższych względów odwołania rozpoznano tylko w zakresie zarzutów rzeczywiście spornych, tj. takich, których de facto dotyczyły wniesione sprzeciwy Przystępujących, co wynika m.in. z zakresu w jakim podjęli oni polemikę z zarzutami odwołań. Ponadto zakres i możliwość wniesienia sprzeciwu należało oceniać również w granicach interesu w przystąpieniu do danej strony postępowania odwoławczego.

Natomiast, co do pozostałych zarzutów odwołań, które in corpore zostały również uwzględnione przez Zamawiającego, uznano, że nie zostały objęte sprzeciwami Odwołujących, a w związku z tym nie podlegały rozpoznaniu i postępowanie w tym zakresie umorzono. Izba wydała w tym zakresie wzorem praktyki sądowej stosowne postanowienie pomieszczone w wyroku. W jej ocenie koresponduje to ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uzasadnieniu uchwały z 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15) i pozostaje w zgodzie z wynikającym zeń postulatem, aby zakres i rodzaj orzeczenia w przedmiocie całości odwołania wynikał z sentencji orzeczeń Izby a nie dopiero z lektury ich uzasadnień. (...)

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów dotyczących Wykonawcy Hochtief Polska S.A.

W pierwszej kolejności, co do kwestii rozszerzeniu zakresu zarzutów przez Odwołującego, co do naruszenia art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp (zarzut 2b). W tym wypadku, Izba podzieliła stanowisko Hochtief Polska S.A., że z uwagi na objęcie zakresem odwołania nie tylko pierwszej ze wskazanych w ofercie inwestycji, ale wszystkich trzech, czyli również drugiej i trzeciej, miało miejsce niedopuszczalne poszerzenie zakresu odwołania. Istotnie na 3 (trzeciej) stronie odwołania w petitum, czyli w samym zarzucie jest odniesienie do jednej inwestycji, a następnie jest to poparte dalszą argumentacją na str. 12 (dwunastej) i następne, która także dotyczy jednej inwestycji, a dokładnie pierwszej z trzech. Odwołujący w kontekście wskazanego na wstępie zarzutu nie odnosił się do drugiej i trzeciej inwestycji przywołanej w ofercie Hochtief Polska S.A. (tak na str. 13 /trzynastej/ odwołania, pkt 5.6 według numeracji przyjętej w odwołaniu). Odniesienie znajdujące się na str. 12 (dwunastej) odwołania nie ma charakteru takiego, które wskazywałoby na to, że Odwołujący kwestionuje wszystkie trzy inwestycje przywołane w ofercie Hochtief Polska S.A., w pkt. 5.5 według numeracji przyjętej w odwołaniu. Jest tam wskazanie na inwestycje - „*Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo - usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego)*”. Jednocześnie, podnosi się tam kwestie weryfikowania inwestycji Hochtief Polska S.A. i braku dowodów, które jak zastrzegł Odwołujący uzupełni na rozprawie.

W następnej kolejności odnosząc się do zarzutu sensu stricto, względem inwestycji: „*Wykonanie robót budowlanych w zakresie budynków KONESER (G i I), tj. przebudowa budynku G (handlowo - usługowego) oraz budynku I (usługowo - gastronomicznego)*”, że p. T. M. na tej inwestycji w ogóle nie pełnił funkcji Kierownika Budowy, czy też Kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych, Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp względem tej inwestycji, podlega oddaleniu.

Izba na podstawie złożonych na rozprawie dowodów Hochtief Polska S.A. /przede wszystkim Dzienników Budowy oraz pism z 14 i 15.10.2019 r./ uznała, że p. T. M. pełnił na tej inwestycji równolegle funkcje Kierownika Budowy i Kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych /tak jak podał nota bene w formularzu ofertowym/. Tą kwestie należy uznać za kluczową. Należy także przychylić do stanowiska Hochtief Polska S.A., że „/” zawarty w oświadczeniach z 14 i 15.10.2019 r., zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli należy interpretować, tak jak w formularzu ofertowym jako jednoczesne sprawowanie obu funkcji. W tym zakresie wskazując również na argumentację Hochtief Polska S.A., co do tego, że osoba ta miała uprawnienia Kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych, które nota bene jako dowód złożyła na rozprawie. W konsekwencji przyjmując odpowiedzialność jako Kierownik Budowy, na co wskazał Hochtief Polska S.A.: „*W dniu dzisiejszym przejuje obowiązki Kierownika Budowy*” (dzień 31.05.20-19 r. – str. 3 Dziennika Budowy nr 16 2017 , tom I wydany 17.02.2017 r.), przyjął de facto odpowiedzialność także za te roboty, jako Kierownik robót konstrukcyjno- budowlanych. Na tej inwestycji bowiem nie było odrębnie wyodrębnionego Kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych, gdyż Kierownik Budowy miał stosowne uprawnienia, co dopuszcza Prawo Budowlane (art. 42 ust. 4: „*Przy prowadzeniu robót budowlanych, do których jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej inne niż posiada kierownik budowy, inwestor jest zobowiązany do ustanowienia kierownika robót w danej specjalności.*”). Co do wątpliwości przedstawionych przez Odwołującego na kanwie złożonych ze swej strony na rozprawie dowodów i dołączonych do odwołania, Izba przywołuje art. 41 ust. 4 Prawa Budowlanego, że nie ma obowiązku informowania o zmianie kierownika budowy. Także przywołuje art. 44 Prawa Budowlanego zgodnie z która taka zmiana odnotowywana jest wyłącznie w dzienniku budowy, gdyż składa się oświadczenie o przejściu obowiązków. W zakresie przedmiotowego zarzutu, Izba przywołuje także wyjaśnienia Hochtief Polska S.A. z 17.10.2019 r. złożone na rozprawie przez Zamawiającego. W ich ramach znajduje się argumentacja poparta Dziennikami Budów - dotycząca nie tylko pierwszej, ale wszystkich trzech inwestycji przedstawionych w ofercie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, będącego zarzutem ewentualnym, Izba uznała, że podlega on również oddaleniu. W pierwszej kolejności, należy przychylić się do stanowiska Hochtief Polska S.A., że Zamawiający nie ograniczył punktowanego doświadczenia jedynie do inwestycji zrealizowanych (nie wskazał chociażby, co miałyby ewentualnie takie zakończenie oznaczać, czy samo zakończenie robót, czy uzyskanie pozwolenia na użytkowanie), stwierdza się jedynie w Rozdz. XIII. 1 SIWZ, że: „*przy realizacji robót*

budowlanych". Podobnie, nie wynika z powyższego stwierdzenia, tzn. nie ma też ograniczenia do nowych obiektów, czyli mogą być również pracę adaptacyjne. W konsekwencji, w ocenie Izby, inwestycja na lotnisku Okęcie (inwestycja trzecia w kolejności) podlegała punktacji.

Zgodnie bowiem z przedłożonymi na rozprawie przez Hochtief Polska S.A wraz z Dziennikami Budowy także dla inwestycji na Okęciu etap I – kopią umowy nr PL/18/000100/TLLZZ/0 /§ 2 ust. 2 pkt 1/ oraz protokołem odbioru końcowego z 25.05.2018 r. i protokołem usunięcia usterek z 19.06.2019 r. zakończył się I etap tej inwestycji /Realizacja robót adaptacyjnych w pirsie południowym oraz w Terminalu T1/ kwotą 8 mln zł, co spełnia wymóg sformułowany przez Zamawiającego. Etap I może pełnić także samodzielne funkcje techniczne, gdyż dotyczy części południowej lotniska, a etap II części północnej. Etap I jest przebudową istniejących już obiektów. Kwestia definiowania obiektów budowlanych i jego rozumienia, w ocenie Izby, stanowi interpretację Odwołującego, gdyż literalnie jest mowa – przy realizacji robót budowlanych, a nie przy zrealizowanych robotach budowlanych. Dopiero w dalszej kolejności „(...) *obektów budowlanych użyteczności publicznej*". W ocenie Izby, należy przychylić się do stanowiska Hochtief Polska S.A., iż należy zaistniałe wątpliwości rozstrzygnąć na korzyść Wykonawcy. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *"Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców"*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *"Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego."*. Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *"Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"* oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: *"Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017*

r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów".

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Jednocześnie w zakresie kosztów, Izba nie dzieliła kosztów albowiem dodatkowo względem tego co przedstawiono poniżej podkreśla, że oddalenie zarzutów wobec Hochtief Polska S.A., ma charakter kluczowy, gdyż mimo uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów wobec ADAMIETZ Sp. z o.o., Odwołujący aby mieć szanse na uzyskanie zamówienia winien skutecznie podważyć ranking nie tylko wobec ADAMIETZ Sp. z o.o., ale i wobec Hochtief Polska S.A. Jednocześnie, Izba przywołuje także art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a Pzp opierając się w tym zakresie na regule wynikającej z postanowienia Sądu Okręgowego w Katowicach z 30.01.2019 r., sygn. akt: XIX Ga 1398/18.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 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). Izba uznała wniosek Wnoszącego Sprzeciw o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 5 ust. 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....