

Sygn. akt: KIO 491/23

WYROK
z dnia 9 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2023 r. przez **wykonawcę Pros Poland sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**, gdzie zamawiającym jest **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie oraz Słowiński Park Narodowy z siedzibą w Smołdzinie**

przy udziale **wykonawcy MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy VIABET Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Pros Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie oraz Słowiński Park Narodowy z siedzibą w Smołdzinie, gdzie prowadzącym postępowanie jest Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa Pzp”), pn. *„Renaturyzacja dna doliny Łupawy; koryta nizinnego i podgórskiej rzeki ze zbiorowiskami włośiczników (3260-1), starorzeczy (3150-2) oraz łęgów jesionowo-olszowych (*91E0)”*, Oznaczenie sprawy: GD.ROZ.2810.36.2022.ZP.LW. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 września 2023 r., za numerem 2022/BZP 00353343/01.

W dniu 22 lutego 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Pros Poland sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 17 lutego 2023 r. polegającej na wyborze oferty Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu – dalej Przystępujący oraz wobec dokonanej oceny oferty Odwołującego co do braku przyznania punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji błędne wskazanie przez Zamawiającego, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, pomimo że wybrana oferta Viabet podlegała odrzuceniu zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp;
2. art. 253 ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na braku uzasadnienia faktycznego wyboru oferty Melbud oraz braku uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w sposób wyczerpujący i w sposób pozwalający Odwołującemu ustosunkować się do przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego;
3. art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania z uwagi na brak podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego wyboru oferty Melbud, w taki sposób, aby oferenci wiedzieli, dlaczego oferta Melbud uzyskała określoną liczbę punktów oraz jednocześnie w taki sposób, że Odwołującemu nie

zostały przedstawione informacje, dlaczego uzyskał daną liczbę punktów, pomimo faktu, że zgodnie z warunkami określonymi w SWZ oferta Odwołującego winna zostać oceniona najwyżej.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym w szczególności poprzez uwzględnienie Pana H. S. jako kierownika budowy.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że dnia 14 grudnia 2022 r. opublikowana została informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej. W treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że dokonał wyboru oferty złożonej przez Viabet jako rzekomo najkorzystniejszej i rzekomo niepodlegającej odrzuceniu. Od wyboru dokonanego przez Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W ślad za wyrokiem krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2022 r. (sygn. akt KIO 3398/22) Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Pismem z dnia 1 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia informacji potwierdzających dysponowanie przez Pana H. S. uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń względnie złożeniem nowego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przez Odwołującego. Czyniąc zadość wnioskowi Zamawiającego Odwołujący pismem datowanym na dzień 6 lutego 2023 r. przekazał Zamawiającemu wszelkie niezbędne informacje wymagane przez Zamawiającego potwierdzające spełnianie przez Pana H. S. wskazanych w SWZ wymogów przewidzianych dla kierownika budowy. Dodatkowo jednak Odwołujący przekazał Zamawiającemu nowy wykaz osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia objętego postępowaniem. Jednocześnie jednak Odwołujący jasno, precyzyjnie i ponad wszelką wątpliwość wskazał, że nowa lista osób kierowanych do realizacji zamówienia przez Odwołującego przekazywana jest „z daleko posuniętej ostrożności” i „w przypadku nieuznania uprawnień Pana H. S.” przez Zamawiającego. Podniósł, że powyższe wskazuje tym samym jednoznacznie na zamiar Odwołującego skierowany na traktowanie Pana H. S. jako głównego kandydata do realizacji zamówienia, a tym samym podlegającego punktowaniu oferty zgodnie z zasadami określonymi w SWZ przez Zamawiającego. Dopiero na wypadek uzasadnionego i udokumentowanego odrzucenia przez Zamawiającego osoby Pana H. S. jako kierownika budowy ocenie miałyby podlegać lista osób delegowanych przez

Odwołującego na podstawie nowego wykazu osób. W rzeczywistości jednak Zamawiający nie uwzględnił zakresu uprawnień Pana H. . W wyniku powtórnej czynności badania i oceny ofert Zamawiający dokonał wyboru oferty Melbud jako rzekomo najkorzystniejszej. W dokumentach przekazanych przez Zamawiającego, tj. Informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 lutego 2023 r. stanowiącej Załącznik nr 2 do niniejszego Odwołania i „Sprostowaniu informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 17 lutego 2023 r. stanowiącej Załącznik nr 2a do niniejszego odwołania Zamawiający nie dokonał wyjaśnienia, w tym w zakresie uzasadnienia faktycznego wyboru oferty Melbud i uzasadnienia faktycznego dla przyjętego przez Zamawiającego, a kompletnie niezrozumiałego z perspektywy faktycznej i postanowień SWZ, oceny oferty Odwołującego, w tym w szczególności w odniesieniu do kryteriów i warunków traktujących o osobie kierownika budowy. Uwzględniając powyższe należy w ocenie Odwołującego stwierdzić, że Zamawiający nie uwzględnił wymagających uwzględnienia i mających istotny wpływ na wynik postępowania informacji przekazanych przez Odwołującego dotyczących kierownika budowy w osobie Pana H. S., a w konsekwencji nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast w wyniku braku wskazania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego dla wyboru oferty Melbud oraz sposobu punktacji oferty Odwołującego Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie Zamawiającego w ramach postępowania stanowi czynność naruszającą art. 239 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający zobligowany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Wybór oferty Melbud przez Zamawiającego, a w konsekwencji brak wyboru oferty Odwołującego przez Zamawiającego oznacza z kolei czynność Zamawiającego niezgodną z przepisami ustawy pzp, naruszającą interes Odwołującego oraz narażającą Odwołującego na szkodę. Dokonując bowiem wyboru Zamawiający winien w pierwszej kolejności dokonać oceny ofert zgodnie z regulacjami zawartymi w SWZ, w tym w szczególności w częściach SWZ traktujących o „Kryteriach oraz sposobie oceny ofert” (Punkt 15 SWZ) oraz „Podstawach wykluczenia oraz warunkach udziału w postępowaniu” (Punkt 7 SWZ). Mając powyższe na uwadze Zamawiający winien był skupić się w toku postępowania na regulacjach wynikających z SWZ, które zresztą sam stworzył.

Odwołujący wskazał dalej, że zgodnie z pkt 7.2 SWZ w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają określone w ww. przepisie SWZ warunki udziału w postępowaniu (pkt 7.2.4.2. SWZ). Jednocześnie jednak Zamawiający zdefiniował w treści SWZ pojęcie uprawnień budowlanych. W powyższym zakresie Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający po pierwsze w związku z postanowieniami SWZ wymagał legitymowania się

przez kierownika budowy uprawnieniami budowlanymi. Po drugie, Zamawiający za uprawnienia budowlane właściwe do realizacji zamówienia i spełniające kryteria wynikające z SWZ, a tym samym jako podlegające ocenie zgodnie z Punktem 15 SWZ, zdefiniował i jednoznacznie uznał uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowy hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający zestawiał takie uprawnienia na równi z uprawnieniami budowlanymi wydanymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (dalej jako pr. bud.). Po trzecie, Zamawiający podkreślił dodatkowo, że w zakresie uprawnień budowlanych wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa w szczególności chodzi o uprawnienia uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowy hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia. W odniesieniu do powyższych punktów bazujących w całej swej rozciągłości na treści SWZ stworzonego przez Zamawiającego Odwołujący podkreślił, że:

1. Pan H. S. posiada uprawnienia bez ograniczeń, które zostały nadane Panu H. S. w drodze decyzji Urzędu Stołecznego Warszawy z dnia 6 kwietnia 1978 r. numer St-199/78 (załącznik nr 6 do odwołania). Wskazana decyzja uprawnia Pana H. S. do

(I) kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie budowy melioracji wodnych i ujęć wód;

(II) sporządzania w budownictwie osób fizycznych projektów i ujęć wód.

Odnosząc nomenklaturę z ww. decyzji do obecnie obowiązującej nomenklatury prawnej wskazał, że Pan H. S. ma prawo kierować budową i robotami w zakresie budowy melioracji wodnych i ujęć wód bez ograniczeń.

2. Podkreślając fakt posiadania przez Pana H. S. uprawnień bez ograniczeń w rozumieniu obecnie obowiązującej nomenklatury prawnej wskazał, że przedmiotem zamówienia jest renaturyzacja dna doliny Łupawy, która swoim zakresem wpisuje się w zakres prac wodno-melioracyjnych. Jednocześnie podniósł, że zgodnie z art. 90 i 91 obowiązującej w dacie nadania uprawnień Panu H. S. uprawnień budowlanych ustawy z dnia 24 października 1974 r. Prawo wodne (Dz.U.1974.38.230) pojęcie urządzeń melioracyjnych zdefiniowane zostało następująco: „Urządzeniami melioracji wodnych są urządzenia służące do regulacji stosunków wodnych i polepszenia zdolności produkcyjnej gleby. Urządzenia melioracji

wodnych dzielą się na podstawowe i szczegółowe. Do urządzeń melioracji wodnych podstawowych zalicza się m.in.:

- 1) Kanały, stopnie wodne, zbiorniki wodne i inne urządzenia wodne służące do przepływu wód lub do zmiany poziomu zwierciadła wody,
- 2) Urządzenia zabezpieczające przed powodzią,
- 3) Urządzenia do regulacji wód śródlądowych.

Przepisy dotyczące urządzeń melioracji wodnych podstawowych stosuje się odpowiednio do budowli piętrzących, regulacyjnych i komunikacyjnych na tych urządzeniach, do budowli komunikacyjnych położonych na drogach publicznych i liniach kolejowych oraz do dróg dojazdowych niezbędnych do właściwego użytkowania terenów zmeliorowanych.”

3. podkreślił, że zgodnie z stanowiskiem Pomorskiej Okręgowej Izby Budownictwa z dnia 21 lutego 2023 r., reprezentowanej przez Przewodniczącego Okręgowej komisji Kwalifikacyjnej w osobie Pana dra inż. M. W. „osoba posiadająca uprawnienia bez ograniczeń w zakresie melioracji wydanych przed 1994 roku ma prawo nadzorować, budować i projektować wały przeciwpowodziowe, które są urządzeniami zabezpieczającymi przed powodzią.” (załącznik nr 7 do odwołania).

4. W odniesieniu do punktu 7.2.4.2. SWZ w zakresie dotyczącym zdefiniowania pojęcia uprawnień budowlanych istotnych dla Zamawiającego z perspektywy wykonania zamówienia wskazał na zakres prac określonych zgodnie z decyzją Wojewody Pomorskiego nr 40/2017 z dnia 28 listopada 2017 r. (znak: WI-IV.7840.1.44.2017.EH w przedmiocie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę (stanowiącą załącznik nr 8 do odwołania) oraz decyzją Marszałka Województwa Pomorskiego z dnia 22 maja 2017 r., znak: DROŚ-SW.7322.23.2017/EL (stanowiącą załącznik nr 9 do odwołania).

Wskazał, że de facto przedmiot zamówienia objętego postępowaniem stanowi przebudowa wałów przeciwpowodziowych i wykonanie ich umocnień. W takim też zakresie należy dokonywać interpretacji treści SWZ w zakresie dotyczącym uprawnień budowlanych wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, uprawniających do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowli hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia.

5. Uwzględniając powyższe wskazał, że zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia mieści się w sposób jednoznaczny w katalogu urządzeń wodnych wskazanych powyżej w

Odwołaniu, objętych zakresem uprawnień bez ograniczeń posiadanych przez Pana H. S. .
Posiadane przez Pana H. S. uprawnienia budowlane:

1. są uprawnieniami bez ograniczeń;
2. odpowiadają uprawnieniom zdefiniowanym przez Zamawiającego w SWZ;
3. odpowiadają zakresowi stanowiącemu przedmiot zamówienia;
4. są właściwe do realizacji przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji powyższego wskazał, że Pan H. S. powinien zostać zakwalifikowany przez Zamawiającego jako osoba spełniająca kryteria wyznaczone dla kierownika budowy w SWZ. Tym samym dla oceny ofert Zamawiający winien był uwzględnić doświadczenie Pana H. S. jako kierownika budowy, zresztą dokładnie w taki sam sposób, w jaki zrobił to przy pierwotnej ocenie ofert i przedstawił w Informacji o wyborze najkorzystniejszej ofert z dnia 14 grudnia 2022 r. (załącznik nr 10 do odwołania). Jak wynika z powyższego doświadczenie Pana H. S. jako kierownika budowy zostało ocenione na 20,00 punktów. Taka liczba punktów winna znaleźć odzwierciedlenie w punktacji przyznanej oferentom zawartej w Sprostowaniu informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 lutego 2023 r. Przekładając punktację za doświadczenie kierownika budowy z Informacji o wyborze najkorzystniejszej ofert z dnia 14 grudnia 2022 r. (jako właściwie dokonanej punktacji) do oceny ofert związanej z ponownym wyborem ofert wyrażonej w sprostowaniu Odwołujący uzyskałby 97,02 punktów a w konsekwencji oferta Odwołującego będąc ofertą najwyższej punktowaną stanowi ofertę najkorzystniejszą. Ofertą najkorzystniejszą, a tym samym ofertą podlegającą wyborowi powinna być oferta Odwołującego.

Wskazał, że Zamawiający nie dokonał oferty najkorzystniejszej również w zakresie ekonomicznym i gospodarności działań Zamawiającego. Melbud złożył ofertę z oferowaną ceną brutto 7.810.520,00 zł, zaś Odwołujący złożył ofertę z oferowaną ceną brutto 7.650.055,12 zł (co potwierdza Informacja z otwarcia ofert z dnia 18 listopada 2022 r. – stanowiąca Załącznik nr 11 do odwołania. W konsekwencji Zamawiający, jako rzekomo najkorzystniejszej, dokonał wyboru oferty droższej od oferty Odwołującego o 160.464,88 zł. Wybór oferty droższej od oferty Odwołującego, spełniającej kryteria z SWZ, godzi w możliwość określania oferty Melbud jako oferty najkorzystniejszej, odpowiadającej zasadom gospodarności, którym winien kierować się Zamawiający.

W dalszej kolejności Odwołujący odniósł się do naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dokonując wyboru Melbud Zamawiający całkowicie zaniechał podania uzasadnienia faktycznego wyboru oferty

Melbud, w taki sposób, żeby wykonawcy wiedzieli, dlaczego właśnie oferta Melbud uzyskała określoną liczbę punktów, jak również zaniechał uzasadnienia, dlaczego oferta Odwołującego uzyskała 77,02 pkt a nie 97,02 pkt., co plasowałoby ją na pierwszym miejscu spośród wszystkich oferentów. Uzasadnienie takie jest o tyle istotne, że Zamawiający całkowicie zaniechał wyjaśnienia na jakiej podstawie dokonał odrzucenia Pana H. S. jako kierownika budowy i w konsekwencji nie uwzględnił przy ocenie ofert doświadczenia pana H. S. jako kierownika budowy. Podkreślił, że Pan H. S. posiada bogate doświadczenie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w ramach postępowania, co wykazał Odwołujący przy składaniu oferty. Dodatkowo wskazał, że właśnie punkty przyznawane w związku z kryterium doświadczenia kierownika budowy (do 20,00 pkt), a które uzyskał przy pierwotnej ocenie ofert oraz powinien uzyskać przy ponownej ocenie ofert Odwołujący (20,00 pkt.) stanowi czynnik decydujący dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dalszej kolejności wskazał, że pomimo faktu, iż Pan H. S. spełnia kryteria kierownika budowy określone w SWZ, co powinno podlegać punktacji, doświadczenie Pana H. S. jako kierownika budowy zostało przez Zamawiającego bezpodstawnie i bez uzasadnienia pominięte, Zamawiający, wbrew zasadom uczciwej konkurencji, dokonał wyboru oferty droższej od oferty Odwołującego o 160.464,88 zł. Jednocześnie wskazał na wyrok KIO z 16 listopada 2022 r., sygn. KIO 2894/22. W odniesieniu do powyższego i w związku z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 ustawy pzp podkreślił za KIO, że „Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych i prawnych, co zabezpiecza prawo wykonawcy do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego. To na podstawie takiej kompletnej informacji wykonawca, który nie zgadza się z wynikiem oceny, może podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż pozwala ona wykonawcy sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem zamawiającego co do zgodności z ustawą czynności zamawiającego” (wyrok KIO z 21 czerwca 2022 r., sygn. KIO 1437/22 oraz wyrok KIO z 13 lipca 2021 r. sygn. KIO 1848/21). W związku z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy pzp wskazał za wyrokiem KIO, że „Postanowienia SIWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację i domysły. Tak więc wymagania, które określa zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych

przez zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny. Jakiegokolwiek niejasności czy brak precyzji w sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu nie mogą być - na etapie badania spełniania tych warunków - interpretowane w taki sposób, że nadaje im się bardziej restrykcyjne znaczenie, niż to wynika z ich literalnego brzmienia.” (wyrok KIO z 21 czerwca 2022 r., sygn. KIO 1437/22), zaś „Uzasadnienie prawne i faktyczne czynności zamawiającego w postępowaniu ma istotne znaczenie, w szczególności w kontekście realizacji zasady przejrzystości postępowania, możliwości podjęcia polemiki z decyzją zamawiającego przez wykonawcę, ale i oceny prawidłowości działań zamawiającego dokonywaną przez Izbę.” (wyrok KIO z 7 czerwca 2022 r. sygn. KIO 1398/22).

Uwzględniając powyższe wskazał, że Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego wyboru oferty Melbud w sposób wyczerpujący oraz taki, aby wykonawcy wiedzieli, dlaczego dana oferta uzyskała określoną liczbę punktów. Dodatkowo Zamawiający nie zapewnił Odwołującemu prawa do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego w zakresie dotyczącym sposobu oceny oferty Odwołującego oraz w zakresie decyzji Zamawiającego co do kierownika budowy wskazywanego przez Odwołującego w osobie Pana H. S. . Motywy działania Zamawiającego są Odwołującemu kompletnie nieznane, a Zamawiający nie wykonał żadnych czynności ukierunkowanych na ich przedstawienie i rozwianie ewentualnych wątpliwości Odwołującego.

W odniesieniu do powyższego wskazał, że dokonując wyboru oferty Melbud Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, w tym też w zakresie związku z naruszeniem art. 253 ust. ustawy Pzp, poprzez brak dokonania wyboru oferty najbardziej konkurencyjnej i najkorzystniejszej oraz w wyniku braku uzasadnienia faktycznego decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w związku z oceną i punktowaniem ofert wykonawców. Doprowadziło to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez fakt wyboru oferty, która zgodnie z przepisami prawa nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Uwzględniając powyższe stwierdził, że Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, nie dokonał przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego wyboru oferty Melbud oraz sposobu oceny i punktacji oferty Odwołującego i działał z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W dniu 24 lutego 2023 r. Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp. Uzasadniając wniosek wskazał, że odwołanie wpłynęło do Zamawiającego za pośrednictwem e-Puap w dniu 22 lutego 2023 r. i zawierało następujące pliki: 1) „Z.1.pdf – upoważnienie” - pełnomocnictwo dla Pana P. G. radcy prawnego oraz Pana W. Ł. G. do reprezentowania spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą i Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej 2) „20230222_Odwołanie_PROS_KIO_(WG01)_(1).pdf – odwołanie KIO”- odwołanie KIO” stanowi treść odwołania i składa się z 22 stron. Zamawiającemu do treści odwołania nie zostały przekazane załączniki. Zgodnie z treścią odwołania na komplet dokumentów składa się odwołanie oraz dwanaście załączników. Podniósł, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania, przy czym istotna jest merytoryczna treść odwołania - która może być objęta także załącznikiem. W takiej sytuacji zaniechanie przekazania Zamawiającemu załącznika do odwołania (jeżeli obejmuje on merytoryczną treść odwołania) jest równoznaczne z zaniechaniem przekazania Zamawiającemu kopii odwołania. Celem przepisu jest zapoznanie Zamawiającego z kompletną treścią odwołania do upływu terminu na wniesienie odwołania – dopiero po zapoznaniu się z całością zarzutów, ich podstawami prawnymi i faktycznymi, argumentacją odwołania, Zamawiający może podjąć decyzję o ewentualnym uwzględnieniu odwołania. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyrok KIO 137/15 z dnia 2 lutego 2015 r. Zamawiający po analizie przekazanych dokumentów stwierdził, że przynajmniej załącznik nr 7 do odwołania tj. stanowisko Pomorskiej Okręgowej Izby Budownictwa z dnia 21 lutego 2023 r. zawiera wartość merytoryczną dla sprawy odwoławczej, a niezapoznanie się z nim uniemożliwia Zamawiającemu zajęcia stanowiska co do zasadności odwołania. W świetle treści uzasadnienia odwołania pismo Pomorskiej Okręgowej Izby Budownictwa z dnia 21 lutego 2023 r. ma być potwierdzeniem zasadniczego zarzutu odwołania o posiadaniu przez H. S. wymaganych uprawnień stanowiących warunek udziału w postępowaniu. Tym samym brak tego pisma uniemożliwia Zamawiającemu ocenę zasadności odwołania. Brak załączników tym bardziej utrudnia Zamawiającemu zajęcie stanowiska, gdyż zarzuty sformułowane przez Odwołującego są niezgodne ze stanem faktycznym tj.: 1. Zamawiający nie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Viabet (zarzut 1), 2. Nie odrzucił

oferty Odwołującego zatem nie mógł zawrzeć w informacji o wyborze uzasadnienia o jej odrzuceniu (zarzut 2).

Pismem z dnia 25 lutego 2023 r. Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania wskazując, że przepis art. 514 ust. 2 ustawy Pzp stanowi o obowiązku przekazania zamawiającemu odwołania, a nie odwołania i załączników do odwołania. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny przyjmuje się bowiem, że „dyspozycją tego przepisu objęty jest obowiązek przekazania odwołania albo kopii, a nie odwołania albo jego kopii z załącznikami. Zatem wystarczające dla wypełnienia tego obowiązku jest przekazanie kopii odwołania zawierającego jego obligatoryjne elementy, określone w art. 516 ust. 1 PZP. Elementy te pozwalają na zapoznanie się z treścią odwołania, w szczególności zarzutami, ich uzasadnieniem faktycznym i prawnym oraz żądaniem co do rozstrzygnięcia odwołania, a tym samym są wystarczające dla osiągnięcia celu, dla którego przekazywana jest kopia odwołania. Dokumenty dołączane do odwołania, wymienione w art. 516 ust. 2 PZP, nie stanowią treści odwołania” (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 514, Warszawa 2022 r.). Dodatkowo podniósł za doktryną, że z punktu widzenia zamawiającego najistotniejsze jest jednak faktyczne powzięcie wiadomości o wniesieniu odwołania przez wykonawcę od rozstrzygnięcia zamawiającego (por. post. KIO z 7.4.2010 r., KIO 374/10), a obowiązek przesłania odwołania zamawiającemu nie wiązał się i zasadniczo obecnie nie wiąże się z koniecznością przesłania mu również załączników. W związku z powyższym przytacza się dla spraw o podobnym charakterze wyrok SO w Katowicach z 11.4.2013 r., XIX Ga 179/13, niepubl. zgodnie z którym „ustawa – Prawo zamówień publicznych nakazująca odwołującemu przesłanie kopii odwołania, nie ma stanowić o jego załącznikach.” W konsekwencji wskazał, że Pros Poland sp. z o.o. dokonał przesłania odwołania do Zamawiającego zgodnie z postanowieniami ustawy pzp i w zakresie wymaganym przez ww. ustawę. W dalszej kolejności podniósł, że załączniki do odwołania stanowią przede wszystkim dokumenty stworzone przez Zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i udostępniane przez Zamawiającego w Internecie lub dokumenty, w których posiadaniu jest Zamawiający w związku z faktem ich otrzymania w toku toczącego się postępowania. Jednocześnie podkreślił, że Pros Poland sp. z o.o. nie tworzył na potrzeby odwołania żadnych dokumentów obejmujących jakiegokolwiek kalkulacje, oceny lub mające stanowić wkład nieobjęty treścią odwołania. Tym samym Pros Poland sp. z o.o. nie doprowadził do sytuacji, w której kosztem treści odwołania dokonał przeniesienia jakichkolwiek informacji do treści Załączników. Wskazał, że w treści odwołania Pros Poland sp. z o.o. zawarł wszystkie istotne informacje wynikające z załączników (w tym poprzez załączanie zdjęć poszczególnych załączników) prowadząc niejako do sytuacji, w

której odwołanie stanowi kompletny dokument nawet w sytuacji braku załączników do niego. Dla precyzji wyводу podkreślił, że wszystkie kwestie faktyczne i prawne wynikające z załączników do odwołania zostały wyraźnie, precyzyjnie i obszernie przedstawione w treści odwołania. Zamawiający przez otrzymanie odwołania Pros Poland sp. z o.o. uzyskał wszystkie informacje odnoszące się do jego meritum, pozwalające na ocenę zasadności jego zarzutów i twierdzeń.

Pismem z dnia 28 lutego 2023 r. Zamawiający odnosząc się do pisma Odwołującego wskazał, że informacje w nim zawarte są nieprawdziwe i mają na celu wprowadzenie w błąd Krajowej Izby Odwoławczej, jak również utrudnienie Zamawiającemu odniesienia się do zarzutów i zajęcia stanowiska w sprawie. Zamawiający zaprzeczył, iż dysponuje załącznikiem nr 7 do odwołania, który wbrew twierdzeniu Odwołującego nie został wytworzony przez Zamawiającego, a stanowi istotę odwołania, tj. stanowisko Pomorskiej Okręgowej Izby Budownictwa w sprawie uprawnień Pana Hieronima Szukalskiego. Załącznik o którym mowa datowany jest na 21.02.2023 r., a zatem został wytworzony po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie miał możliwości zapoznać się z jego treścią w procesie badania i oceny ofert. Powyższym dokumentem nie dysponował również Odwołujący w czasie gdy składał odpowiedź na wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 pkt 3 z dnia 1 lutego 2023 r. mające na celu wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania jako obarczonego wadą.

W dniu 8 marca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, względnie oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy Pzp: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 6) odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.”* W myśl art. 514 ust. 2 ustawy Pzp: *„Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.”* W ocenie Izby, kopia odwołania przekazana Zamawiającemu przez Odwołującego pomimo, że nie zawierała załączników nie uniemożliwiła Zamawiającemu prawidłowej oceny przedstawionych zarzutów i przedstawiała jego pełną merytoryczną treść. Większość załączników na które powoływał się Odwołujący stanowiła również element dokumentacji postępowania, tak więc trudno uznać, że nie były znane wcześniej Zamawiającemu lub nie miała merytorycznego znaczenia dla sprawy (wykaz kosztów, dowód uiszczenia wpisu). Ponadto zważyć należy, że jedynym załącznikiem, którego treść nie była znana Zamawiającemu był załącznik oznaczony nr 7 tj. stanowisko Pomorskiej Okręgowej Izby Budownictwa z dnia 21 lutego 2023 r., którego istotna treść została przywołana w odwołaniu, tak więc również w tym zakresie argumentacja Odwołującego była znana Zamawiającemu. Oddalając wniosek o odrzucenie odwołania, Izba wzięła również pod uwagę brzmienie art. 535 ustawy Pzp stanowiący, że *dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.*

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu oraz VIABET sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba zważyła, że w toku posiedzenia/rozprawy Odwołujący oświadczył, że nie kieruje zarzutów względem oferty wykonawcy VIABET, a sformułowanie w pkt 1 petitum odwołania zostało zawarte tam omyłkowo.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „7. PODSTAWY WYKLUCZENIA ORAZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU. (...) 7.2 W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu: (...) 7.2.4 zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że (...) 7.2.4.2 do realizacji zamówienia skieruje: co najmniej jedną osobę, która będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia i pełniła funkcję kierownika budowy i która spełnia łącznie następujące wymagania:

a) posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanym bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej,

b) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy na co najmniej trzech robotach budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej.

Przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 z ze zm.), Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r. poz. 831), z zastrzeżeniem art. 12 ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz.1646), lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowli hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia, w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny

odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie Dz.U. z 2007 nr 86 poz. 579)."

- „15. KRYTERIA ORAZ SPOSÓB OCENY OFERT 15.4.3 Kryterium „doświadczenie kierownika budowy” [D]. W ramach kryterium, na podstawie informacji zawartych w pkt 3 Formularza Oferty, oceniane będzie doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia na funkcję Kierownika Budowy. Punkty będą przyznawane w następujący sposób: W przypadku, gdy Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia osobę która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, przy realizacji trzech robót, które obejmowały wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej – ofercie zostanie przyznane 0 punktów, W przypadku, gdy Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia osobę która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, przy realizacji czterech robót, które obejmowały wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej – ofercie zostanie przyznane 10 punktów, W przypadku, gdy Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia osobę która posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, przy realizacji pięciu lub więcej robót, które obejmowały wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej – ofercie zostanie przyznane 20 punktów. Maksymalnie w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” oferta może uzyskać 20 punktów. Skierowanie osoby będzie oznaczać deklarację czynnego udziału w realizacji zamówienia. 15.5 Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która łącznie (suma punktów przyznanych we wszystkich kryteriach oceny ofert) uzyska największą liczbę punktów obliczonych zgodnie z wzorem określonym w pkt 15.3 SWZ.”

Zgodnie z projektem wykonawczym: „1.2. Cel i zakres opracowania. Celem zabiegów technicznych jest przywrócenie polderowi, obecnie odciętemu wałem przy rzece, naturalnego cyklu zalewania wodami powodziowymi, spływającymi do koryta po przejściu fali powodziowej. Z likwidacją wału wiąże się renaturyzacja starorzeczy na prawym brzegu. Pod względem technicznym wiąże się to z przeniesieniem linii zabezpieczenia terenów przyległych z wału przy rzece na wał traktowany obecnie jako zapasowy. (...) 1.4. Uwarunkowania formalnoprawne Planowane przedsięwzięcie to inwestycja celu publicznego polegająca na wzmocnieniu wału głównego zabezpieczającego miejscowości Smółdzinio i Żelazo przed powodzią oraz przywróceniu terenu chronionego obecnie wałem wzdłuż rzeki

naturalnym procesom fluwialnym. Uzyskane to zostanie przez całkowite lub częściowe, zależnie od odcinka wału, zlikwidowanie istniejącego wału wzdłuż rzeki, co z kolei pozwoli na okresowe zalewanie polderu przy stanach wyżówkowych w rzece.”

Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał: „3. W zakresie kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy”. (Poniższe dane są podstawą oceny w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” [D], opisanego w pkt 15.4.3 SWZ): SKIERUJEMY do realizacji zamówienia i deklarujemy czynny udział w realizacji zamówienia osobą na funkcję Kierownika Budowy Pan/Pani (Imię i Nazwisko): H. S., spełnia wymagania określone w pkt 7.2.4.2 SWZ i (Wybrać właściwe poprzez zaznaczenie odpowiedniego (jednego) pola symbolem X): x posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, przy realizacji pięciu lub więcej robót, które obejmowały wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej.”*

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 grudnia 2022 r. jako najkorzystniejszą w postępowaniu wybrano ofertę VIABET sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach (100 pkt). Oferta Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu otrzymała 95,85 pkt, a oferta Odwołującego 97,02 pkt, w tym 20 pkt za „doświadczenie kierownika budowy”.

Pismem z dnia 17 stycznia 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wskazując: „Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i o powtórzeniu dokonanej przez siebie czynności, na skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2022 roku (syg. akt KIO 3398/22) zgodnie, z którym Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Wykonawcy VIABET Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że kierownik budowy posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej, które są uprawnieniami bez ograniczeń oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Zamawiający ustosunkowując się do powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej podjął decyzję, że: unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwie Wykonawcę VIABET Sp. z o.o. do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających, że skierowana do realizacji zamówienia osoba na funkcję kierownika budowy posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej, które są uprawnieniami bez ograniczeń, dokona powtórzenia czynności badania i oceny ofert.”

Pismem z dnia 25 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi Odwołujący złożył m.in.:

- wykaz osób: „*H. S., Kierownik budowy, Posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej – warunek, o którym mowa w pkt 7.2.4.2 lit. a) SWZ. rodzaj uprawnień: bez ograniczeń rodzaj specjalności: wodno-melioracyjna numer uprawnień: St-199/78 data wystawienia uprawnień: 06 kwietnia 1978 wykształcenie inżynier meliorant, Posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy na co najmniej trzech robotach budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej – warunek, o którym mowa w pkt 7.2.4.2 lit. b) SWZ. doświadczenie: ponad 40 lat, zestawienie robót na których Hieronim Szukalski pełnił funkcje kierownika budowy w załączeniu.*”

- zestawienie doświadczenia H. S. w funkcji kierownika budowy.

- uprawnienia budowlane dla H. S. - decyzja Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 kwietnia 1978 r. numer St-199/78 w sprawie nadania uprawnień Panu H. S.: „*posiada przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności wodno – melioracyjnej 1/ do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego z zakresu budowli melioracji wodnych i ujęć wód. 2/ do sporządzania w budownictwie osób fizycznych projektów budowli melioracji wodnych i ujęć wód.*”

Pismem z dnia 1 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego: „*Wykazu osób*”, aktualnego na dzień jego złożenia, potwierdzającego spełnianie przez Wykonawcę warunku, określonego przez Zamawiającego w pkt 7.2.4.2 SWZ. Wykonawca w dniu 26 stycznia 2023 roku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył między innymi „*Wykaz osób*”, w którym wykazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 7.2.4.2 lit. a) SWZ do realizacji zamówienia na funkcję kierownika budowy skieruje Pana H. S. posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności wodno-melioracyjnej. W tabeli „*Wykaz osób*” stanowiącej Załącznik nr 10 do SWZ, w kolumnie 5 Wykonawca podał informacje wymagane dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu tj.: rodzaj uprawnień: bez ograniczeń rodzaj specjalności: wodno-melioracyjna numer uprawnień: St-199/78 data wystawienia uprawnień: 06.04.1978r. wykształcenie: inżynier meliorant. Z przedłożonego „*Wykazu osób*”

nie wynika, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 7.2.4.2 SWZ polegający na skierowaniu do realizacji zamówienia co najmniej jednej osoby, która będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia i pełniła funkcję kierownika budowy i która spełnia łącznie następujące wymagania:

a) posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanym bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej,

b) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy na co najmniej trzech robotach budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej.

Przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994r. — Prawo budowlane (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 z ze zm.), Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r. poz. 831), z zastrzeżeniem art. 12 ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1646), lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowli hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia, w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie Dz.U. z 2007 nr 86 poz. 579).

Wykonawca PROS POLAND Sp. z o.o. do dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dołączył decyzję z dnia 6 kwietnia 1978 roku wydaną przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Wydział Urbanistyki i Architektury (Nr ewidencyjny St-199/78), w której na podstawie S 5 ust. 1 pkt 1, S 6 ust. 1, S 7, S 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Środowiska z dnia 20-go lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stwierdza się, że inżynier meliorant Pan H. S. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności wodno-melioracyjnej, oraz że jest upoważniony do:

„1. kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego z zakresu budowli melioracji wodnych i ujęć wód,

2. sporządzania w budownictwie osób fizycznych projektów budowli melioracji wodnych i ujęć wód”.

W przepisach na podstawie których wydane zostały rzeczzone uprawnienia, w par 13 ust. 1 pkt 3 istniała odrębna specjalność konstrukcyjno-inżynierska w zakresie budowli hydrotechnicznych obejmującej również ujęcia wód oraz budowie basenów wodnych i zbiorników wodnych przemysłowych. Zdaniem Zamawiającego uprawnienia wodno-melioracyjne mają inny zakres niż uprawnienia wymagane w niniejszym postępowaniu. Powyższe zostało również potwierdzone w wyjaśnieniach Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa wydanych w dniu 12.11.2020r.

W związku powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do:

- uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane, do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej, które są uprawnieniami bez ograniczeń. Wykonawca może przedłożyć nowe uprawnienia dla Pana H. S. ; lub

- złożyć nowy wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wykazu osób stanowi Załącznik Nr 10 do SWZ) - w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku określonego w pkt 7.2.4.2 SWZ.”

W odpowiedzi Odwołujący wskazał: „zgodnie z obecnie obowiązującą nomenklaturą prawną Pan H. S. posiada prawo kierować budową i robotami w zakresie budowli melioracji wodnych i ujęć wód bez ograniczeń. Dodatkowo wskazujemy, że zgodnie z postanowieniami SWZ dla Postępowania Zamawiający pod pojęciem uprawnień budowlanych rozumie m.in. uprawnienia budowlane wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane, rozporządzenia Ministra Inwestycji Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 roku w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały

wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowli hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia. Mając powyższe na uwadze oraz podkreślając fakt posiadania przez Pana H. S. uprawnień bez ograniczeń w rozumieniu obecnie obowiązującej nomenklatury prawnej wskazujemy, że przedmiotem zamówienia jest renaturyzacja dna doliny Łupawy, która swoim zakresem wpisuje się w zakres prac wodno-melioracyjnych. Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art. 90 i 91 obowiązującej w dacie nadania Panu H. S. uprawnień budowlanych ustawy z dnia 24 października 1974 r. Prawo wodne (Dz.U.1974.38.230) pojęcie urządzeń melioracyjnych zdefiniowane zostało następująco: „Urządzeniami melioracji wodnych są urządzenia służące do regulacji stosunków wodnych i polepszenia zdolności produkcyjnej gleby. Urządzenia melioracji wodnych dzielą się na podstawowe i szczegółowe. Do urządzeń melioracji wodnych podstawowych zalicza się m.in.: 1) Kanały, stopnie wodne, zbiorniki wodne i inne urządzenia wodne służące do przepływu wód lub do zmiany poziomu zwierciadła wody, 2) Urządzenia zabezpieczające przez powodzią, 3) Urządzenia do regulacji wód śródlądowych. Przepisy dotyczące urządzeń melioracji wodnych podstawowych stosuje się odpowiednio do budowli piętrzących, regulacyjnych i komunikacyjnych na tych urządzeniach, do budowli komunikacyjnych położonych na drogach publicznych i liniach kolejowych oraz do dróg dojazdowych niezbędnych do właściwego użytkowania terenów zmeliorowanych. W związku z powyższym wskazać należy także, że z dokumentacji przedmiotu zamówienia wynika wprost, że roboty objęte przedmiotem zamówienia dotyczą zabezpieczeń przeciwpowodziowych oraz regulacji rzeki Łupawy zgodnie z Pozwoleniem wodnoprawnym DROŚ-SW.7322.23.2017/EL z dnia 22 maja 2017 r oraz zgodnie z pozwoleniem na budowę nr 40/2017 z dnia 28 listopada 2017r. Zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia mieści się zatem w sposób jednoznaczny w katalogu urządzeń wodnych wskazanych powyżej, objętych zakresem uprawnień bez ograniczeń posiadanych przez Pana H. S. . Tym samym uprawnienia bez ograniczeń posiadane przez Pana H. S. odpowiadają budowli stanowiącej przedmiot zamówienia a w konsekwencji odpowiadają uprawnieniom budowlanym w zakresie zdefiniowanym przez Zamawiającego w pkt. 7.2.4.2 SWZ. Tym samym wskazać należy, że posiadane przez Pana H. S. uprawnienia budowlane odpowiadają uprawnieniom zdefiniowanym przez Zamawiającego w SWZ. Niemniej jednak kierując się daleko posuniętą ostrożnością, w przypadku nieuznania uprawnień Pan H. S., załączamy nowy wykaz osób skierowanych przez PROS POLAND sp. z o.o. do realizacji zamówienia publicznego, w zakresie dotyczącym kierowania robotami budowlanymi i nie mogącym budzić żadnych wątpliwości zamawiającego.”

W dniu 17 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu. Punktacja: Cena oferty brutto: Odwołujący: 61,26 pkt, Melbud: 60 pkt, Viabet: 64,46 pkt, Okres gwarancji i rękojmi: wszyscy Wykonawcy po 20 pkt, Doświadczenie kierownika budowy: Odwołujący i Viabet: 0 pkt, Melbud 20 pkt, Łącznie: Odwołujący: 81,26 pkt, Melbud: 100 pkt, Viabet: 84,46 pkt.

W dniu 17 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o: „*SPROSTOWANIE INFORMACJI O PONOWNYM WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY w zakresie liczby punktów w kryterium „cena oferty brutto [C]” oraz łącznej punktacji.*” W treści pisma Zamawiający wskazał: „*realizując postanowienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3398/22) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 grudnia 2022 roku. W świetle powyższego Zamawiający działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz.U.2022.1710 ze zm.), zwaną dalej ustawą Pzp, informuje, że w wyniku ponownego badania i oceny ofert w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę nr 3 złożoną przez: MELBUD S.A., ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz Cena oferty brutto: 7.810-520,00 zł Okres gwarancji i rękojmi: 96 miesięcy Doświadczenie kierownika budowy: doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji pięciu (5) i więcej robót Podstawa prawna: art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne wyboru oferty: W dniu 14 grudnia 2022 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty nr 4 Wykonawcy VIABET Sp. z o.o., ul. Lęborska 6A, 83-340 Sierakowice - jako najkorzystniejszej na które wniesione zostało odwołanie (data wpływu do Zamawiającego: 19.12.2022r.) przez Wykonawcę PROS POLAND sp. z o.o., al. Niepodległości 606-610, 81-855 Sopot. Realizując postanowienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2022 roku (sygn. akt KIO 3398/22) Zamawiający: - unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, -na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę VIABET Sp. z o.o. do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających, że skierowana do realizacji zamówienia osoba na funkcję kierownika budowy posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej hydroteczniczej, które są uprawnieniami bez ograniczeń, - dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert, spośród ofert pozostałych w postępowaniu Wykonawców oraz wybrał jako najkorzystniejszą ofertę nr 3 złożoną przez MELBUD S.A., ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz. Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 15 SWZ: cena oferty brutto 60%, okres gwarancji i rękojmi 20%,*

doświadczenie kierownika budowy 20%. Oferta Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, ponieważ nie podlegała odrzuceniu i łącznie (suma punktów przyznanych we wszystkich kryteriach oceny ofert) otrzymała największą liczbę punktów, obliczonych zgodnie z wzorem określonym w pkt 15.3 SWZ.”

Punktacja: Cena oferty brutto: Odwołujący: 57,02 pkt, Melbud: 55,85 pkt, Viabet: 60,00 pkt, Okres gwarancji i rękojmi: wszyscy Wykonawcy po 20 pkt, Doświadczenie kierownika budowy: Odwołujący i Viabet: 0 pkt, Melbud 20 pkt, Łącznie: Odwołujący: 77,02 pkt, Melbud: 95,85 pkt, Viabet: 80,00 pkt.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo Odwołującego z dnia 25 lutego 2023 r. oraz Zamawiającego z dnia 24 lutego 2023 r. i 28 lutego 2023 r. i 7 marca 2023 r., a także pisma Przystępującego Melbud z dn. 7 marca 2023 r. oraz złożonych na rozprawie kopii pism Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dn. 22 i 28 lutego 2023 r.

Izba postanowiła nie dopuścić dowodu w postaci stanowiska Pomorskiej Okręgowej Izby Budownictwa z dnia 21 lutego 2023 r.: na wniosek: *„Zwracam się z prośbą o przekazanie informacji, czy osoba posiadająca wyższe wykształcenie i posiadająca uprawnienia do kierowania budową i robotami w specjalności wodno – melioracyjnej z 6 kwietnia 1978 r. może być kierownikiem budowy na budowie wałów przeciwpowodziowych.”* Izba odpowiedziała: *„osoba posiadająca uprawnienia bez ograniczeń w zakresie melioracji wydanych przed 1994 roku ma prawo nadzorować, budować i projektować wały przeciwpowodziowe, które są urządzeniami zabezpieczającymi przed powodzią.”* Dowód ten nie został przekazany Zamawiającemu za odwołaniem oraz w toku postępowania odwoławczego, wobec tego Strona postępowania nie mogła zająć wobec niego dowodu. Dopuszczenie tego dowodu prowadziłyby do naruszenia uprawnień procesowych strony.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp: *„Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”*

Artykuł 253 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: „1. *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości czynności oceny ofert dokonana przez Zamawiającego i nieuwzględnienie w ramach dokonanej oceny w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” doświadczenia p. H. S., wskazanego przez Odwołującego jako osoba spełniająca wymagania Zamawiającego, zarówno w zakresie posiadanych uprawnień jak i doświadczenia. Oceniając zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46 ze zm.) należy mieć na uwadze postanowienie art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Powyższe jest potwierdzone w stanowiskach Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa przedłożonych przez Odwołującego. Jednocześnie zważyć należy, iż ustawodawca z zachowaniem zasady praw nabytych, wykluczył rozszerzającą interpretację co do zakresu uprawnień nabytych przed dniem wejścia w życie ustawy. Z treści tego przepisu nie można również wyprowadzić wniosku o uzyskaniu z mocy prawa uprawnień w szerszym niż wskazany w decyzji o uprawnieniach zakresie. Nie jest możliwa bowiem rozszerzająca interpretacja uprawnień budowlanych nabytych na gruncie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku na mocy wydanych później aktów prawnych. Nie wydaje się logiczne, aby dodatkowe uprawnienia nabywały automatycznie osoby, które nie posiadały wcześniejszego doświadczenia w danym zakresie. O faktycznym zakresie posiadanych uprawnień budowlanych decyduje zatem treść orzeczenia stwierdzającego nabycie tych uprawnień. Zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie

samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie należy zatem oceniać według stanu prawnego obowiązującego w dniu wydania tych uprawnień.

Izba podziela ponadto stanowisko przywoływane w sprawie, a wyrażone w wyroku wydanym w sprawie KIO 2298/22, że w przedmiotowej sprawie zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanym bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej. Definiując uprawnienia budowlane zamawiający odwołał się do obecnie obowiązujących przepisów, w tym m.in. ustawy Prawo budowlane i rozporządzenia z 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, ale dopuścił też „odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowli hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia (...)”. Izba stwierdziła, że taki sposób określenia przez zamawiającego uprawnień budowlanych oznacza, że kierownik budowy musi posiadać uprawnienia bez ograniczeń we wskazanej przez Zamawiającego specjalności nie tylko w przypadku, gdy jego uprawnienia zostały wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów, ale także w przypadku, gdy zostały one wydane na podstawie przepisów wcześniej obowiązujących. O powyższym świadczy sformułowanie „odpowiadające im” odnoszące się, w ocenie Izby, do całej treści warunku.

Tak więc, wobec postawionego warunku udziału w postępowaniu i ustalonych kryteriach oceny ofert, skład orzekający podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, iż p. H. S. nie posiada uprawnień do pełnienia samodzielnej funkcji w budownictwie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w SWZ. Z przedłożonych przez Odwołującego uprawnień p. H. S. wynika, iż uzyskał on jako inżynier meliorant uprawnienia do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności wodno – melioracyjnej do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego z zakresu budowli melioracji wodnych i ujęć wód oraz do sporządzania w budownictwie osób fizycznych projektów budowli melioracji wodnych i ujęć wód. Zamawiający w pkt 7.2.4.2 SWZ wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że do realizacji zamówienia skieruje:

co najmniej jedną osobę, która będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia i pełniła funkcję kierownika budowy i która spełnia łącznie następujące wymagania:

a) posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanym bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej,

b) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy na co najmniej trzech robotach budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej.

Przy czym Zamawiający sprecyzował rozumienie uprawnień odpowiadających i wskazał, że *„Przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 z ze zm.), Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r. poz. 831), z zastrzeżeniem art. 12 ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz.1646), lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowli hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia, w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie Dz.U. z 2007 nr 86 poz. 579).*

Zamawiający w pkt 15.4.3 SW opisując Kryterium „doświadczenie kierownika budowy” [D] wskazał, że *„W ramach kryterium, na podstawie informacji zawartych w pkt 3 Formularza Oferty, oceniane będzie doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia na funkcję Kierownika Budowy.”*

Zgodnie z treścią uprawnień p. H. S. posiada uprawnienia w specjalności wodno – melioracyjnej do kierowania, nadzorowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego z zakresu budowli melioracji wodnych i ujęć wód oraz do sporządzania w budownictwie osób fizycznych projektów budowli melioracji wodnych i ujęć wód i w tym zakresie są to uprawnienia bez ograniczeń. Jak podkreślał Zamawiający, na mocy przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, budownictwo wodne stanowiło dwie oddzielne specjalności:

- konstrukcyjno – inżynierską w zakresie budowli hydrotechnicznych – obejmująca również ujęcia wód oraz budowle basenów wodnych i zbiorników wodnych przemysłowych (§ 13 ust. 1 pkt 3 lit. d rozporządzenia)

- wodno – melioracyjną – obejmującą również ujęcia wód (§ 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia).

Wobec powyższego, w świetle postanowień SWZ nie można uznać że uprawnienia posiadane przez p. H. S. odpowiadają wymaganej przez Zamawiającego w treści warunku w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń.

Jednocześnie należy wskazać, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - to do stron należy inicjatywa dowodowa i przekonanie składu orzekającego co do słuszności swoich twierdzeń, co wpływa na wynik postępowania odwoławczego. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że uprawnienia posiadane przez p. H. Szukalskiego są uprawnieniami uprawniającymi go do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowli hydrotechnicznych objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący argumentował, że p. H. S. może kierować budową wałów przeciwpowodziowych, które są urządzeniami zabezpieczającymi przed powodzią. Z kolei Zamawiający podnosił, że do urządzeń melioracji wodnych objętych uprawnieniami p. H. S. zalicza się urządzenia zabezpieczające przed powodzią (np. wały) jeżeli służą one do regulacji stosunków wodnych i polepszenia zdolności produkcyjnej gleby. Zamawiający podkreślił, że wały będące przedmiotem zamówienia nie służą tym celom. Przepisy ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne, zaliczają wały przeciwpowodziowe do urządzeń wodnych, które służą kształtowaniu zasobów wodnych oraz korzystaniu z nich, a ponadto do wydzielonej grupy tych urządzeń - budowli przeciwpowodziowych. Jeżeli wały przeciwpowodziowe chronią przed powodzią użytki rolne, dodatkowo są one urządzeniami melioracji wodnych podstawowych. Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że uprawnienia p. H. S. odpowiadają wymaganiom postawionym przez Zamawiającego również w zakresie przedmiotowym.

Tym samym, Izba doszła do przekonania, że ocena oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego z uwzględnieniem nowego wykazu osób była czynnością prawidłową i nie naruszała zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut dot. niewystarczającego uzasadnienia czynności Zamawiającego i braku wskazania podstawy nie przyznania punktów w kryterium oceny doświadczenia kierownika budowy, w ocenie Izby okazał się zasadny. Zamawiający dokonując oceny ofert w ramach kryteriów opisowych winien wskazać dokładnie podstawy przyznania określonej liczby punktów lub też powody odmowy ich przyznania, tak aby umożliwić wykonawcy ocenę czynności

Zamawiającego. Jednakże, zarzut ten nie podlegał uwzględnieniu, gdyż nie miał wpływu na wynik postępowania – Odwołujący trafnie zidentyfikował podstawy nie przyznania punktów w ramach oceny ofert przez Zamawiającego, a wątpliwości w tym zakresie zostały precyzyjnie wyartykułowane w uprzednim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu Odwołującego

Przewodniczący: