

sygn. akt: **KIO 28/21, KIO 32/21**

WYROK
z dnia 26 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia, 5 oraz 22 lutego 2021 roku, w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie,**
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa, STUMP-HYDROBUDOWA sp. z o.o.,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10; 81-338 Gdynia,**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, w sprawach o **sygn. akt KIO 28/21** oraz **KIO 32/21,**
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa, STUMP-HYDROBUDOWA sp. z o.o.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego w sprawie o **sygn. akt KIO 28/21,**
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego w sprawie o **sygn. akt KIO 32/21,**

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża: 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie** oraz 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa, STUMP-HYDROBUDOWA sp. z o.o. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie (20 000,00 zł)** oraz 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa, STUMP-HYDROBUDOWA sp. z o.o. (20 000,00 zł)**, tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od: 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie** oraz 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa, STUMP-HYDROBUDOWA sp. z o.o.** na rzecz zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10; 81-338 Gdynia** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy), po **3 600 zł** od każdego z odwołujących, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - Część II”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 kwietnia 2020 r., pod nr 2020/S 081-190004.

Dnia 22 grudnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

KIO 28/21

Dnia 4 stycznia 2021 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej „Odwołujący” lub „NDI”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wobec podjętych w postępowaniu a niezgodnych z przepisami ustawy Pzp:

- 1) czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- 2) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex S.A. (dalej jako: „Budimex” lub „Wykonawca”),
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Budimex,
- 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: PORR SA i STUMP-HYDROBUDOWA sp. z o.o. (dalej „PORR”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. W zakresie czynności odrzucenia oferty odwołującego:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jego oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie zaniechanie poprawiania w ofercie odwołującego innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w sposób wskazany w pkt I uzasadnienia odwołania,

2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażające się w poprawieniu innej omyłek w ofercie Budimex przy jednoczesnym zaniechaniu poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego.

II. W zakresie czynności oceny ofert, wyboru i zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Budimex oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. (w tym OPZ, dokumentacji projektowej), względnie poprzez zaniechanie żądania od Budimex wyjaśnić treści złożonej oferty, co do zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnie z s.i.w.z.,

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji kosztorysowych opisanych szczegółowo poniżej, a stanowiących istotną część składową ceny w ofercie Budimex,

Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2 zarzucił naruszenie wskazane w pkt 3, tj.:

3) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Budimex do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie ceny wykonania pozycji kosztorysowych stanowiących istotną część składową ceny w ofercie Budimex, pomimo iż cena zaoferowana w tym zakresie przez wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego,

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „ZNKU”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5) art. 7 ust. 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4, ust. 2a ustawy Pzp, przez naruszenie zasady bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania (a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) wyrażające się w zaniechaniu wyłączenia biegłego p. J.M. w odpowiednim czasie, pomimo że pozostaje ona w relacji rodzinnej pierwszego stopnia z kluczowymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia przez Budimex (w tym osobą zatrudnioną na umowę o pracę), wskazanymi w Wykazie osób i podejmowała czynności w postępowaniu, mające wpływ na jego wynik zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania, co zostało szczegółowo przedstawione w uzasadnieniu odwołania w pkt II.3,

6) art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Budimex z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mające (mogące mieć) istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez Budimex, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 6 zarzucił naruszenie wskazane w pkt 7, tj.:

7) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Budimex, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez Budimex,

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 6 i 7 zarzucił naruszenie wskazane w pkt 8, tj.:

8) art. 26 ust. 3 w zw. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo że wykonawca Budimex nie wykazał spełniania tych warunków,

9) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania Budimex przy jednoczesnym bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez NDI oraz zasady legalizmu prowadzonego postępowania przez wybór oferty Budimex, pomimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;

III. W zakresie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez PORR:

10) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR z uwagi na jej niezgodność z ustawą Pzp wskazaną w treści uzasadnienia odwołania w pkt III,

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 10 zarzucił naruszenie wskazane w pkt 11, tj.:

11) art. 22a ust. 2-4 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie uznania, że udostępnione wykonawcy PORR zasoby nie pozwalają na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i w konsekwencji zaniechanie wezwania tego wykonawcy do czynności określonych w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp,

12) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez PORR lub zaniechaniu uznania, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu przy jednoczesnym bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego oraz tym samym naruszenie zasady legalizmu prowadzonego postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
 - b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
 - c) odrzucenia oferty złożonej przez Budimex i PORR.

Odwołujący wniósł również o obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie wykazu i rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 nowego PZP (dalej: nPzp) jako jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zainteresowany jego uzyskaniem. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym odwołujący może ponieść szkodę. Na skutek niezgodnego z prawem odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Budimex i dokonania jej wyboru, odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez PORR ewentualnie uznania, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu odwołujący wskazuje, że wykonawca ten - poza Budimexem - jako jedyny (spośród 9 wykonawców, którzy złożyli oferty) pozostał w postępowaniu, pomimo że złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu lub (ewentualnie) nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, występujący w art 505 ust. 1 nPzp, jako przesłanka wniesienia odwołania, interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w „danym”, prowadzonym obecnie postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem

zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Odwołujący dodatkowo powołuje się na wyrok TSUE z 5.4.2016 r. w sprawie C-689/13, w którym Trybunał, rozpoznając odwołania wniesione przez dwóch wykonawców, z których każdy domagał się wykluczenia konkurenta, wyraził pogląd, że w takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym Trybunał uznał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej, nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałyby być unieważnienie postępowania, gdyż wówczas mogą ubiegać się o zamówienie w kolejnym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w petitum odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzut dotyczący wykonawcy – konsorcjum PORR, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili: 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum PORR oraz 2) wykonawca BUDIMEX.

Wobec powyższego oświadczenia zamawiającego, przystępujący po jego stronie wykonawca – konsorcjum PORR oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu odwołania.

Przystępujący Budimex oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia części odwołania przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

KIO 32/21

Dnia 4 stycznia 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR S.A., STUMP-HYDROBUDOWA sp. z o.o. (dalej „Odwołujący” lub „PORR”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu:

1) zaniechania wykluczenia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie („Budimex”) z postępowania, ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykluczenie nie jest zasadne, zaniechania wezwania Budimex do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień niezbędnych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

2) nieprawidłowego badania i oceny oferty złożonej przez Budimex polegającego na niezasadnym uznaniu, że oferta tego wykonawcy nie powinna zostać zweryfikowana przez pryzmat rażąco niskich istotnych części składowych oferty (a tym samym zaniechania wezwania Budimex do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny),

3) dokonania wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy Budimex, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia Kierownika Budowy, które skłoniły zamawiającego do uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału określony w pkt V pkt 1 ppkt 1.3.2 lit. b) s.i.w.z.,

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy Budimex z postępowania,

2. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do złożenia dokumentów lub wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt V pkt 1 ppkt 1.3.2 lit. b) s.i.w.z.,
3. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty Budimex, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, co doprowadziło do wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę, a wskutek powyższego, naruszenie:
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym:

- 1) na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp odwołujący wniósł o:
 - (1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
 - 2) na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołujący wniósł o:
 - (1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
 - wykluczenie wykonawcy Budimex z postępowania,ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma podstaw do wykluczenia Budimex z postępowania,
 - wezwanie Budimex do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
 - wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty,
 - dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
 - (2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Gdyby zamawiający przeprowadził czynności

w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum NDI.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca BUDIMEX.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

KIO 28/21 oraz KIO 32/21

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, wraz ze złożonymi dowodami, które Izba dopuściła w całości, Izba stwierdziła, iż odwołania, co do zasady, nie zasługują na uwzględnienie.

Rozstrzygając przedmiotowe odwołania, Izba kierowała się brzmieniem przepisu art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, który stanowi, iż „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. Co prawda w wyniku przeprowadzonej rozprawy oraz postępowania dowodowego Izba stwierdziła, iż część zarzutów odwołujących się wykonawców jest zasadna, to sumarycznie ich uwzględnienie nie miało wpływu, ani nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy - Prawo zamówień publicznych, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania (tak: KIO 2660/19, czy KIO 1560/19). Jak słusznie wskazał SO w Warszawie, w wyroku o sygn. akt XXIII Ga 2057/17, cyt. „W świetle art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych [obecnie art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp – przy. Izby] warunkiem uwzględnienia skargi, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odnosnie zarzutu postawionego przez konsorcjum NDI w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji kosztorysowych opisanych w odwołaniu, a stanowiących istotną część składową ceny w ofercie Budimex, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny.

Odwołujący NDI wskazał, iż istotne części składowe ceny zawarte w kosztorysach ofertowych Budimex, opisane poniżej, są rażąco niskie, będąc cenami nierynkowymi, nieprzystającymi do realnych kosztów jakie należało przyjąć, wyceniając roboty zgodnie z dokumentacją przetargową, jak i przepisami ustawy Pzp. Mając na uwadze wartość opisanych szczegółowo poniżej pozycji przedmiarowych, a także - odnoszące się do owych pozycji: a) średnie arytmetyczne wszystkich złożonych ofert oraz b) ceny rynkowe poszczególnych zakresów robót - należy wskazać, iż zaoferowane przez Budimex pozycje kosztorysowe, które stanowią istotne części składowe ceny są rażąco niskie w rozumieniu art. 90 ust 1 ustawy Pzp, czego konsekwencją - po dokonaniu stosownej weryfikacji

złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień - winno być odrzucenie oferty Budimex na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec rażąco zaniżonych w stosunku do ofert pozostałych wykonawców cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych w ofercie Budimex, weryfikacji wymaga, czy w istocie ceny zaproponowane przez Wykonawcę obejmują wszelkie niezbędne koszty do wykonania przedmiotowych części zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w s.i.w.z. Przy czym podkreślenia wymaga fakt, iż łączna wartość cen obejmujących pozycje zakwalifikowane w ofercie Budimex jako rażąco niskie, stanowi niewątpliwie istotną część składową ceny oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż w uzasadnieniu zarzutu, odwołujący wskazał, że poszczególne rodzajowe zakresy robót, zawierające rażąco niskie istotne części składowe cen w ofercie Budimex to: 1) wykopy, 2) ściana szczelinowa, 3) pograżanie grodzic, 4) pale wielkośrednicowe 5) mikropale 6) rozbiórki 7) zasypy, 8) deskowanie, 9) nasypy robocze, 10) szuwary 11) kolumny betonowe 12) przewiert. Łączna wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych, które zdaniem NDI przedstawiają wartości nierynkowe lub rażąco niskie została porównana ze średnią arytmetyczną przedmiotowych pozycji, wynikającą z pozostałych ofert. Porównanie takie zostało również dokonane dla poszczególnych części składowych cen. Niewątpliwie, jedną ze stosowanych w praktyce metod oceny, czy oferta jest rażąco niska, która jest powszechnie uznana za obiektywną i weryfikowalną, jest porównanie ceny danej oferty ze średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert w postępowaniu. Niemniej jednak sporządzone przez odwołującego zestawienia nie stanowią dowodu, iż w istocie doszło do rażącego zniżenia wartości pozycji kosztorysowych skutkujące rażąco niską ceną oferty. Zamawiający oświadczył, iż analizował ceny jednostkowe zawarte we wszystkich ofertach i w każdej z nich występowały pewne rozbieżności, co do wyceny poszczególnych elementów, co przy zamówieniu o tak dużej skali i wartości nie jest niczym nadzwyczajnym. Stopień skomplikowania przedmiotowej inwestycji, duża ilość różnorodnych zakresów wielobranżowych prac, może skutkować ustaleniem przez wykonawców cen jednostkowych w kosztorysach na różnych poziomach. W każdej z oferty i załączonych przedmiarów można znaleźć pozycje, które są tańsze czy droższe, jak u innych wykonawców. Niemniej istotne jest, że w ujęciu globalnym te różnice się niwelują. Przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie poszczególnych elementów z pozycji kosztorysowych, a wykonanie całego obiektu budowlanego, stąd też w efekcie zawsze Zamawiający winien badać cenę całkowitą. Czynność odrzucenia oferty musi być każdorazowo poprzedzona wyjaśnieniami wykonawcy. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jedynie z powodu arytmetycznego porównania ceny i stwierdzenia nawet znaczącej różnicy w cenach ofert. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień zostało uregulowane w art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp. Celem

omawianego przepisu jest uniknięcie udzielenia zamówienia wykonawcy, który w złożonej ofercie zaoferuje cenę lub koszt lub ich istotne części składowe, za które nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisach. (Nowicki Józef Edmund, KołECKI Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV). W wyroku z dnia 15 października 2018 roku, sygn. akt: KIO 1946/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny, bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy p.z.p., ani wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, należy tą kwestię badać *ad casum*.”

Powyższy wniosek jest niezwykle istotny dla niniejszej sprawy, ponieważ jak już wskazano powyżej przedmiotowa inwestycja jest złożona i wieloaspektowa, stąd też ocena czy zamawiający powinien powziąć wątpliwości, co do wysokości ceny, kosztu czy też ich istotnych części składowych, powinna być odnoszona do specyfiki przedmiotu zamówienia. W realiach niniejszej sprawy ewentualne zastosowanie mógłby znaleźć 90 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże zamawiający nie był zobligowany do zastosowania przedmiotowego przepisu, istotne części składowe ofert zostały wycenione na różnych poziomach, adekwatnie do zakładanego planu realizacji, przy czym w ocenie zamawiającego przyjęty poziom cen dla poszczególnych elementów nie stanowi zagrożenia dla należytej realizacji inwestycji.

Zdaniem Izby, przesłanka określona przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Dopiero w przypadku, gdy wykonawca wezwany, nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty. Tym samym nie może zostać uznany za zasadny zarzut naruszenia przepisu, co do którego nie wypełniły się procedury poprzedzające możliwość jego zastosowania. Podsumowując, w ocenie Izby, aby możliwa była do zastosowania przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności konieczne jest zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający tego przepisu nie stosował (co stanowi przedmiot odrębnych zarzutów obu odwołań), dlatego też brak było podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

(odwołujący NDI) - Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex,

pomimo iż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. (w tym OPZ, dokumentacji projektowej), względnie poprzez zaniechanie żądania od Budimex wyjaśnień treści złożonej oferty, co do zaferowania przedmiotu zamówienia zgodnie z s.i.w.z., art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Budimex do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie ceny wykonania pozycji kosztorysowych stanowiących istotną część składową ceny w ofercie Budimex, pomimo iż cena zaferowana w tym zakresie przez wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, (odwołujący PORR) - art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty Budimex, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, co doprowadziło do wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący NDI, argumentując postawione zarzuty wskazał, iż istotne części składowe ceny zawarte w kosztorysach ofertowych Budimex, są rażąco niskie, będąc cenami nierynkowymi, nieprzystającymi do realnych kosztów jakie należało przyjąć, wyceniając roboty zgodnie z dokumentacją przetargową, jak i przepisami ustawy Pzp. Mając na uwadze wartość opisanych szczegółowo pozycji przedmiarowych, a także - odnoszące się do owych pozycji: a) średnie arytmetyczne wszystkich złożonych ofert oraz b) ceny rynkowe poszczególnych zakresów robót - należy wskazać, iż zaferowane przez Budimex pozycje kosztorysowe, które stanowią istotne części składowe ceny są rażąco niskie w rozumieniu art. 90 ust 1 ustawy Pzp, czego konsekwencją - po dokonaniu stosownej weryfikacji złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień - winno być odrzucenie oferty Budimex na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec rażąco zaniżonych w stosunku do ofert pozostałych wykonawców cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych w ofercie Budimex, weryfikacji wymaga, czy w istocie ceny zaproponowane przez wykonawcę obejmują wszelkie niezbędne koszty do wykonania przedmiotowych części zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w s.i.w.z. Odwołujący (NDI) podkreślił, iż łączna wartość cen obejmujących pozycje zakwalifikowane w ofercie Budimex jako rażąco niskie, stanowi niewątpliwie istotną część składową ceny oferty. Cena tej części w ofertach poszczególnych wykonawców wynosi około:

- 1) 39 % - ceny całkowitej netto oferty NDI;
- 2) 40 % - ceny całkowitej netto oferty Warb ud S.A.;
- 3) 21% - ceny całkowitej netto oferty Budimex;
- 4) 39% - ceny całkowitej netto oferty China Harbour Engineering Company Ltd.;
- 5) 36 % - ceny całkowitej netto oferty Korporacja Budowlana Doraco;

- 6) 48 % - ceny całkowitej netto oferty PORR;
- 7) 47 % - ceny całkowitej netto oferty Roverpol Sp. z o.o.;
- 8) 38 % - ceny całkowitej netto oferty Strabag S.A.;
- 9) 39% - ceny całkowitej netto oferty BUDO-MAR Sp. z o.o.

Ponadto mając na uwadze łączną wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych w ofercie Budimex, które w ocenie odwołującego przedstawiają wartości nierynkowe lub rażąco niskie, należy zauważyć, że oferta Budimex w tym zakresie wynosi zaledwie 98 674 071,75 zł będąc niższą o 56,6 % od średniej arytmetycznej pozostałych ofert, która w zakresie przedmiotowych pozycji wynosi 227 425 325,39 zł. Odwołujący przedłożył zestawienie tabelaryczne zsumowanych wartości kwalifikowanych w ofercie Budimex, jako rażąco niskie oraz zsumowanie tożsamyh pozycji w ofertach pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (Tabela nr 1). W ocenie odwołującego Budimex dokonał wyceny poniżej opisanych pozycji niezgodnie z zapisami s.i.w.z. (czyli nie uwzględniając wszystkich składników cenotwórczych oraz wytycznych wynikających z dokumentacji technicznej i OPZ) lub dokonał wyceny z góry innych technologii wykonania prac niż wskazane zostały wprost w dokumentacji projektowej oraz w załączniku nr 4 do s.i.w.z. „Opis Przedmiotu Zamówienia”. Taki stan rzeczy powoduje jednocześnie niezgodność oferty z s.i.w.z., o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - tj. niezgodność zasadniczą i nieusuwalną, której zamawiający nie może skorygować na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w pytaniach i odpowiedziach, jak również w s.i.w.z. zawarł regułę, iż wykonawca który będzie realizował przedmiot zamówienia nie jest upoważniony do samodzielnego dokonywania zmian w stosunku do rozwiązań technicznych podanych w Dokumentacji Projektowej, zarówno pod względem ilości jak i jakości. Zamawiający zastrzegł, iż wszelkie zmiany dokonywane będą dopiero na etapie realizacji zgodnie z Klauzulą 13 Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu, dalej: „WOiSK”, przewidującą, iż „wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian czy też modyfikacji Robót Stałych zanim i jeśli Inżynier nie poleci lub nie zatwierdzi Zmiany” (Klauzula 13.1. akapit 4). Dla wykonawcy NDI jak i każdego innego profesjonalnego wykonawcy powyższe zasady są jasne i zrozumiałe. Zamawiający musi dysponować ofertami, które są porównywalne, czyli takimi które wyceniają realizację przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem rozwiązań technicznych podanych w Dokumentacji Projektowej. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20.10.2011 r. (III CZP 52/11, OSNC 2012, Nr 4, poz. 44) „o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł”. Zamawiający będąc świadomym powyższego, kolejno pkt 6 i 7 rozdziału XII s.i.w.z. pn. „Opis sposobu obliczania ceny” zastrzegł, iż „Oferowana cena za wykonanie robót stanowić będzie

wynagrodzenie rozliczane obmiarowo (kosztorysowo - ilościowe). Cena robót winna być obliczona zgodnie z zapisami Przedmiarów robót stanowiących załączniki do SIWZ. Wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego dokonywania zmian w przekazanych przez Zamawiającego Przedmiarach robót w zakresie opisu i ilości robót. Przed dokonaniem zmiany Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania zgody Zamawiającego w trybie art. 38 PZP. „Ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w wycenionych Przedmiarach robót (kosztorysach ofertowych) winny być ustalone jako ryczałtowe, kompletne i jednoznaczne”. Poszczególne rodzajowe zakresy robót - zawierające rażąco niskie istotne części składowe cen w ofercie Budimex to: 1) Wykopy, 2) Ściana szczelinowa, 3) Pograżanie grodzic, 4) Pale wielkośrednicowe, 5) Mikropale, 6) Rozbiórki, 7) Zasypy, 8) Deskowanie, 9) Nasypy robocze, 10) Szuwary, 11) Kolumny betonowe, 12) Przewiert.

Mając na uwadze charakterystykę ww. robót, odwołujący podniósł, iż podane przez Budimex ceny jednostkowe w opisanych pozycjach są rażąco niskie, nie dają rękojmi wykonania tego istotnego zakresu prac zgodnie z wymaganiami zamawiającego, świadcząc w istocie o niepełnej i niekompletnej wycenie cen jednostkowych, a także próbie „przerzucenia kosztów” do innych pozycji przedmiaru, w którym to działaniu odwołujący upatruje niedopuszczalnego manipulowania cenami na szkodę i ryzyko zamawiającego. W ocenie odwołującego, Budimex skalkulował ww. ceny pozycji kosztorysowych niezgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Fakt, iż ceny tych pozycji kosztorysowych, które składają się na istotną część składową ceny całej oferty w sposób tak znaczący odbiegają od cen zaoferowanych przez innych wykonawców - powinien wywołać obiektywne zastrzeżenia zamawiającego. Spełnione bowiem zostały przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zwrócenie się przez zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie jest tym bardziej zasadne, że ww. ceny skalkulowane przez Budimex są cenami nierealnymi. Wobec wysokości ww. cen zaoferowanych przez Budimex (zarówno cen jednostkowych, jak i całkowitych cen ww. pozycji w kosztorysie ofertowym), zamawiający w niniejszym postępowaniu był zobowiązany do wezwania Budimex w tym zakresie do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z niewiadomych przyczyn zamawiający zaniechał jednak dokonania tej czynności.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to na Budimexie spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przed wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz oceną wyjaśnień i dowodów złożonych przez tego wykonawcę nie sposób jednak ocenić, czy Budimex sprostałby temu zadaniu i przedstawiłby stosowne dowody w tym zakresie. Co równie istotne - w świetle aktualnego stanowiska prezentowanego w orzecznictwie KIO, może dojść do sytuacji, w której na skutek otrzymanych od Budimexu wyjaśnień - zamawiający uzyska pewność, iż Budimex dokonał wyceny materiałów niezgodnych z s.i.w.z. W związku z tym, że cena zaproponowana przez

Budimex w sposób znaczący odbiega od cen z innych ofert - zamawiający winien powziąć poważne wątpliwości w zakresie ustalenia jej zgodnie z regułami rynkowymi. Oferta Budimex zawierająca rażąco niską cenę jest zarówno nierealna, jak i uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego oraz godzi w podstawowe zasady uczciwej konkurencji.

Według orzecznictwa KIO oraz stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych, za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

W związku z powyższym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex z uwagi na rażąco niską cenę oferty, względnie naruszył także art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Budimex do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, ze szczególnym uwzględnieniem ww. cen pozycji kosztorysu Budimex.

Odwołujący wskazał, iż okoliczności opisane przez odwołującego odnoszące się do oferty Budimex, w zakresie zakwestionowanych pozycji są na tyle szczegółowe i szeroko uzasadnione, że odwołujący podołał wykazaniu, iż zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Względnie zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, która mogłaby poprzedzić odrzucenie oferty. Tym samym odwołujący udźwignął ciężar dowodu wynikający z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp. W związku z powyższym, zgodnie z art. 537 nPzp teraz to na wykonawcy Budimex lub zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia, iż cena jego oferty, w tym istotnej części składowej oferty - ww. pozycjach kosztorysowych nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący PORR, argumentując postawione zarzuty wskazał, że w postępowaniu nie ziściły się opisane w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, przesłanki wszczęcia obligatoryjnej procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Budimex. Z punktu widzenia procedury prowadzącej do wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma to ten skutek, że nie dochodzi do powstania domniemania rażąco niskiej ceny, a wraz z nim obarczenia wykonawcy ciężarem wykazania, że zaoferowana przez niego cena ma charakter realny. Dlatego też, zdaniem odwołującego PORR, zamawiający powinien wszcząć względem wykonawcy Budimex procedurę wyjaśniającą z uwagi na rażąco niską wycenę istotnych części składowych ofert, pomimo bowiem braku przekroczenia limitu 30%, oferta Budimex jest niewiarygodna i budzi daleko idące wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się

rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu [...]”. Z analizowanego przepisu jednoznacznie wynika, że obowiązkiem zamawiającego badającego poziom cenowy ofert wykonawców jest nie tylko matematyczne zestawienie ceny końcowej z referencyjnymi wartościami, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp (średnia arytmetyczna ofert, szacunkowa wartość zamówienia), ale również zbadanie ich istotnych elementów składowych. Tym samym fakt braku zmaterializowania się przesłanek wszczęcia obligatoryjnej procedury wyjaśniania poziomu cenowego nie zwalnia zamawiającego z jej przeprowadzenia, o ile cena lub jej istotne części składowe budzą obiektywne wątpliwości. Treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie pozostawia wątpliwości, że zaistnienie obiektywnie rozumianego podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny, kosztu lub istotnych części składowych generuje obowiązek („zamawiający zwraca się”) przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej. Konieczność wypracowania obiektywnego wzorca ma kluczowe znaczenie w kontekście powstania obowiązku badania ceny ofertowej wykonawcy. Gdyby bowiem uznać, że znaczenie dla zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mają jedynie subiektywne i wymykające się jakiegokolwiek racjonalnej ocenie wątpliwości zamawiającego, to należałoby zgodzić się, że czynności instytucji zamawiających na gruncie tego przepisu nie podlegają weryfikacji, a zamawiający korzysta z niczym nieograniczonej swobody. Dlatego też, dążąc do oceny działań lub zaniechań zamawiających na gruncie tego przepisu, niezbędne jest odwołanie się do wspomnianego powyżej wzorca. W praktyce sprowadzać się to powinno do uznania, że wystąpienie istotnych różnic cenowych w przypadku poszczególnych elementów składowych ceny ofertowej powinno (według tego wzorca) wzbudzić wątpliwości zamawiającego (i prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej). Przesłanką zastosowania procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest wystąpienie wątpliwości w odniesieniu do części składowych, które mają charakter istotny. Kluczowe znaczenie w kontekście dokonywania oceny poziomu cenowego oferty pod kątem cen jednostkowych przypisać należy wpływowi składnika cenotwórczego na należne wykonawcy wynagrodzenie. Rażąco niskie ceny jednostkowe uzasadniają odrzucenie oferty danego wykonawcy, nawet jeśli cena końcowa nie odbiega od średniej arytmetycznej ofert lub szacunkowej wartości zamówienia. „Istotność” części składowych, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest zatem okolicznością niezależną od tego czy cena końcowa ma charakter rażąco niski czy też nie. W doktrynie wskazuje się, że: „Istotnymi częściami składowymi ceny w rozumieniu art. 90 ust 1 będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na wielkość lub rozmiar (znaczący udział części składowej ceny w całości

zamówienia) i przypisane im ceny mogą spowodować nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia”. Na podobnym stanowisku stoi orzecznictwo Izby: „Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zapadłe nawet w uprzednim stanie prawnym, który w swych założeniach nie zakładał istnienia rażąco niskich cen jednostkowych, skutkujących odrzuceniem oferty, kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny cząstkowe determinują cenę całej oferty.”. Analogiczne stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. 14: „Z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, jasno wynika, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne.”. Warto także odnotować, że orzecznictwo Izby jednoznacznie opowiada się za konstatacją, że uznanie, iż mamy do czynienia z istotną częścią składową może być pochodną nie tylko wartości tej części w stosunku do całkowitej ceny oferty, ale i innych okoliczności, np. zakresu przedmiotowego lub specyfiki zamówienia. Oznacza to, że jeśli okoliczność inna niż wartość części przemawia za przyznaniem jest przymiotu istotności, to wartość ta winna zejść na drugi plan (np. w wyroku z dnia 5 września 2018 r., Izba stwierdza, że nawet jedno czy kilkuprocentowy udział elementu w cenie całej oferty może zostać uznany za istotny).

Podsumowując - za niczym nieuzasadnione uznać należy zaakceptowanie przez zamawiającego oferty, której istotne części składowe mają rażąco niski charakter. Bez znaczenia jest, że cena końcowa tej oferty nie wygenerowała konieczności wszczęcia obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego. Wykonawca Budimex zbudował swoją ofertę w oparciu o rażąco zaniżone, nierynkowe i nierealne do uzyskania wartości poszczególnych pozycji (składających się na kluczowe części zakresu przedmiotowego), co powinno zostać zweryfikowane przez zamawiającego w ramach procedury wyjaśniającej. Następnie odwołujący PORR przedstawił kalkulacje/zestawienia wyceny Budimex w zakresie następujących części oferty Budimex: wbicie ścianki szczelnej, ściana szczelinowa, deskowanie oczepu, mikropale, zasyp piasku, zieleni, kolumny przemieszczeniowe.

Odwołujący podniósł, iż bezspornie spełniona jest przesłanka z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zaniżone przez wykonawcę części składowe powinny mieć charakter istotny. Wpływ przywołanych powyżej elementów oferty na całkowitą cenę obrazują poniższe informacje:

- a) wartość netto przywołanych elementów oferty Budimex wynosi 95 482 135,72 zł;
- b) kwota ta stanowi 20,46 % całkowitej ceny oferty Budimex;

c) wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu wycenili ten sam zakres prac średnio na kwotę 216 812 692,52 zł;

d) kwota ta stanowi 36,96 % średniej arytmetycznej złożonych ofert;

e) sumaryczna wycena Budimex w tym zakresie jest niższa o 55% od średniej wyceny z ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący przedstawił porównanie średnich cen ofertowych z wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz cen ofertowych Budimex w zakresie omówionych powyżej pozycji kosztorysu inwestorskiego.

Jak wynika z zestawienia w zakresie analizowanych elementów cenotwórczych oferty cena Budimex jest niższa od średniej innych ofert o min 32%, przy czym w większości pozycji różnica ta przekracza 60%. Równie drastyczne są różnice pomiędzy wyceną zamawiającego z kosztorysu inwestorskiego, a wyceną Budimex (poza jedną pozycją wynoszą one każdorazowo ponad 40%). Tak istotnych różnic nie da się wytłumaczyć okolicznościami standardowo generującymi różnice w cenach ofertowych wykonawców (korzystne oferty podwykonawców, dostęp do materiałów etc.). Bezsporne jest, że tak rażące różnice pomiędzy wyceną Budimex, a wycenami pozostałych wykonawców wskazują na daleko idące ryzyko ich zaniżenia poniżej rynkowego poziomu. Okoliczność ta bezspornie powinna zostać wyjaśniona przez zamawiającego.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazuje, że rażącego zaniżenia wyceny w ofercie Budimex dowodzi także porównanie wyceny z niniejszego postępowania do wycen Budimex dokonanych przez tego wykonawcę w innych postępowaniach przetargowych o podobnym zakresie i specyfice, prowadzonych między innymi przez tego samego zamawiającego, w poniższych (analogicznych do wykazanych powyżej) asortymentach robót. W przywołanych postępowaniach Budimex wyceniał elementy zamówienia tożsame z tymi, które wchodziły w skład przedmiotowej inwestycji, na poziomie znacznie wyższym, co dowodzi nierynkowej wyceny oferty złożonej przez tego wykonawcę w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na podniesione zarzuty wskazał, iż analizował ceny jednostkowe zawarte we wszystkich ofertach i w każdej z nich występowały pewne rozbieżności, co do wyceny poszczególnych elementów, co przy zamówieniu o tak dużej skali i wartości nie jest niczym nadzwyczajnym. Stopień skomplikowania przedmiotowej inwestycji, duża ilość różnorodnych zakresów wielobranżowych prac, może skutkować ustaleniem przez wykonawców cen jednostkowych w kosztorysach na różnych poziomach. W każdej z oferty i załączonych przedmiarów można znaleźć pozycje, które są tańsze czy droższe, jak u innych wykonawców. Niemniej istotne jest, że w ujęciu globalnym te różnice się niwelują. Przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie poszczególnych elementów z pozycji kosztorysowych, a wykonanie całego obiektu budowlanego, stąd też w efekcie zawsze zamawiający winien badać cenę całkowitą. Czynność odrzucenia oferty musi być

każdorazowo poprzedzona wyjaśnieniami wykonawcy. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jedynie z powodu arytmetycznego porównania ceny i stwierdzenia nawet znaczącej różnicy w cenach ofert. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień zostało uregulowane w art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp. Celem omawianego przepisu jest uniknięcie udzielenia zamówienia wykonawcy, który w złożonej ofercie zaoferuje cenę lub koszt lub ich istotne części składowe, za które nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisach. (Nowicki Józef Edmund, KołECKI Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV). W wyroku z dnia 15 października 2018 roku, sygn. akt: KIO 1946/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny, bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy p.z.p., ani wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, należy tą kwestię badać ad casum.”.

Powyższy wniosek jest niezwykle istotny dla niniejszej sprawy, ponieważ jak już wskazano powyżej przedmiotowa inwestycja jest złożona i wieloaspektowa, stąd też ocena czy zamawiający powinien powziąć wątpliwości, co do wysokości ceny, kosztu czy też ich istotnych części składowych, powinna być odnoszona do specyfiki przedmiotu zamówienia. W realiach niniejszej sprawy ewentualne zastosowanie mógłby znaleźć 90 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże zamawiający nie był zobligowany do zastosowania przedmiotowego przepisu, gdyż istotne części składowe ofert zostały wycenione na różnych poziomach, adekwatnie do zakładanego planu realizacji, przy czym w ocenie zamawiającego przyjęty poziom cen dla poszczególnych elementów nie stanowi zagrożenia dla należytej realizacji inwestycji. W przedmiotowym postępowaniu średnia cen wszystkich ofert wyniosła 721.637.784,48 PLN; średnia bez uwzględnienia wykonawcy Warbud (który nie odpowiedział na wezwanie w zakresie RNC): 750.226.200,70 PLN; średnia po wykluczeniu ceny najwyższej i najniższej: 718.994.778,36 PLN. Procentowa odległość cenowa Budimex od średniej wynosi odpowiednio: 20,45%, 23,48%, 20,16%. W każdym przypadku to różnice całkowicie akceptowalne w praktyce postępowań i standardowo w nich występujące. Są to różnice procentowe mocno odbiegające od ustawowej wartości 30%. Różnica pomiędzy ofertą Budimex, a ofertą odwołującego wynosi mniej, jak 9%, co znowu jest wartością standardową w postępowaniach przetargowych. Różnica do oszacowania zamawiającego (687.570.00,00 PLN) to 16,51%.

Powyższe wywody ilustrują jedynie oczywistość, że wszelkie wyliczenia, wykresy graficzne tego rodzaju argumentacja nie może posłużyć do wiarygodnego uzasadniania ceny o RNC i zaistnieniu przesłanek do wezwania wykonawcy. Problematyka rażąco niskiej ceny i różnic poszczególnych pozycji kosztorysowych była również rozpatrywana w toku postępowania

przed Izbą dla części I budowy Kanału Żeglugowego przez Mierzęję Wiślaną (KIO 1669/19, KIO 1679/19 i KIO 1682/19). W tamtym postępowaniu różnica pomiędzy ofertą konsorcjum NDI, a Budimex w zakresie jednego z elementów zamówienia (sztucznej wyspy) wynosiła niemal dwa razy (113.277.248,49 PLN do 215.508.453.35 PLN). Jak wskazała Izba (str. 25 uzasadnienia) ewentualne zaniżenie ceny elementu oferty, w tym ceny jednostkowej, może mieć znaczenie istotne wówczas, gdy wywiera ona wpływ na całą cenę oferty w ten sposób, że wykonanie z należytą starannością zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wydaje się niemożliwe. Natomiast jeżeli poszczególne ceny jednostkowe są niskie, ale nie znajduje to przełożenia na cenę oferty oraz możliwość wykonania całej umowy, brak jest podstaw do wyjaśnienia tej ceny. Innymi słowy, zarzut „niewykonalności” danego elementu oferty za określoną cenę jest niewystarczający sam w sobie dla uznania go za uzasadniający wyjaśnianie ceny. Tytułem przykładu i dla uzasadnienia tezy o nieprzydatności tego rodzaju porównań zamawiający wskazał na przykładowe różnice w kosztorysach wykonawców NDI, Budimex i Porr.

Przystępujący Budimex wskazał, iż wszystkie zaoferowane przez niego ceny są cenami realnymi, możliwymi do uzyskania, rynkowymi, a uzależnione są od potencjału i indywidualnych uwarunkowań właściwych przystępującemu. Poszczególne pozycje kosztorysowe zostały wycenione rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich kosztów dodatkowych, a także pozwalają na osiągnięcie przez przystępującego zysku na satysfakcjonującym poziomie. Uwarunkowania działalności wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia są widoczne w różnicach wycen poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Zestawienia cen złożone na rozprawie przez konsorcjum Budimex potwierdzają tę okoliczność. Oferty wykonawców w zależności od ich potencjału i indywidualnych uwarunkowań różnią się w poszczególnych aspektach. W realiach sprawy różnice w kosztorysach ofertowych poszczególnych wykonawców mogą wynikać z przyjętej przez nich technologii wykonania robót, posiadania przez nich niezbędnego sprzętu i cen uzyskiwanych od dostawców na materiały i niezbędne urządzenia, a także wewnętrznej organizacji oraz związanych z nią kosztów. Potwierdzają to dowody z ofert dostawców i podwykonawców, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a z których wynikają różne ceny za materiały o takich samych parametrach jakościowych, nawet oferowane przez tego samego dostawcę różnym wykonawcom. Na podstawie dowodów złożonych przez konsorcjum Budimex, Izba uznała, że „nie potwierdził się również zarzut, jakoby ceny jednostkowe, jak i cena całkowita za wykonanie sztucznej wyspy, były cenami poniżej kosztów własnych konsorcjum Budimex. Również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wywodzony jest z zaniżenia wartości cen jednostkowych, w oparciu o co odwołujący wnioskuje zamiar nielegalnego wykonania umowy lub zmiany materiału. Brak jest podstaw do podzielenia takiego mniemania i wyrokowania wyłącznie na podstawie

przypuszczeń. Z dowodów złożonych do akt sprawy wynika, że cena zarówno kamienia, jak i geowłókniny jest różna w zależności od dostawcy oraz jego relacji z ewentualnym odbiorcą. Izba uznała, że zamawiający otrzymał oferty porównywalne – oferujące wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem, różniące się natomiast ceną.”

Należy zatem stwierdzić, że to od szczególnych okoliczności i uwarunkowań związanych z indywidualną pozycją przystępującego, a także od zastosowanej przez niego technologii, sprzętu, materiałów czy czynników organizacyjnych zależy, w jaki sposób będzie on mógł oszacować poszczególne pozycje kosztorysowe. Występowanie różnic w wycenie pozycji między wykonawcami konkurencyjnymi jest standardową sytuacją i zależy między innymi od otrzymanych od podwykonawców ofert. Tymczasem odwołujący w swojej argumentacji nie wykazali w istocie, że wycena przystępującego w zakresie poszczególnych elementów ceny łącznej jest rażąco niska, a także że może mieć negatywny skutek m.in. w postaci nieprawidłowego, nieterminowego wykonania umowy.

Przystępujący odniósł się szczegółowo do poszczególnych pozycji uznanych przez odwołujących za rażąco niskie i wykazał, że nie doszło w jego ofercie do zaniżenia wartości cen jednostkowych, jak również nie doszło do zaniżenia ceny całkowitej. Zarzut dotyczący czynności wyboru i zaniechania uznania oferty złożonej przez przystępującego za odrzuconą jest niezasadny i bezprzedmiotowy i jako taki powinien zostać przez Izbę oddalony.

Przystępujący wyjaśnił, iż oferta Budimex S.A. bazowała na współpracy oraz ofertach otrzymanych od podwykonawców, którzy są naszymi wieloletnimi partnerami, z którymi zrealizowaliśmy wiele kontraktów na terenie całego kraju. Firmy te, będące liderami w swoich specjalizacjach, mają ugruntowaną pozycję na rynku dostawców materiałów oraz usług podwykonawczych. Wszystkie oferty pochodzą od rzetelnych i doświadczonych firm, które poprzez wieloletnią obecność na rynku potwierdziły wiarygodność swoich ofert, które zawierają wszystkie elementy składowe niezbędne do realizacji robót/dostaw. Przystępujący zaznaczył też, że odwołujący dokonują agregacji wybranych przez siebie cen jednostkowych w dowolnie obrany sposób, po to aby wykreować „część składową”, której wartość odbiegałaby w znaczący sposób od średniej arytmetycznej cen innych oferentów i wpływać miałyby na cenę całkowitą oferty. Tymczasem, już z orzecznictwa powoływanego w odwołaniu wynika, że takiej analizie mogłyby być poddawane, co najwyżej ceny jednostkowe przy ich samodzielnym istotnym znaczeniu dla danej realizacji i tylko jeśli „budzą one wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ”. Innymi słowy, takiemu badaniu mogłyby co najwyżej podlegać ceny jednostkowe, które sugerowałyby niekompletną, nieprawidłową wycenę elementu, który w tej cenie jednostkowej się znajduje, a jednocześnie przekładają się one na rażąco niską cenę całkowitą. Zdaniem przystępującego w niektórych przypadkach powoływanych przez odwołującego, gdzie opiera się on wyłącznie na porównaniu

arytmetycznym do cen innych ofert złożonych w postępowaniu mamy do czynienia w ogóle z nieprawidłowo postawionym zarzutem i jego nieuzasadnionym charakterem. Aby wykazać bowiem, iż dana cena jednostkowa powinna wzbudzić jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego, winno być przeprowadzone wnioskowanie dowodowe, wskazujące, że konkretna pozycja jest nierealna, nie pokrywa wymaganych (i jakich konkretnie) elementów, czyniąc ją w sposób nieuzasadniony zaniżoną. Takiego dowodzenia w odwołaniu w odniesieniu do części pozycji w ogóle zabrakło – nie stara się on bowiem w jakikolwiek sposób zobrazować, że danego elementu objętego konkretną ceną jednostkową nie da się wykonać w sposób narzucony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za cenę zaoferowaną przez przystępującego. Dowodzenie odwołującego w tych przypadkach obrazuje jedynie, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia, w różny sposób podchodzili do wyceny poszczególnych kosztorysowych. Braki argumentacji w tym zakresie, świadczą o nieprawidłowym postawieniu zarzutu, których na obecnym etapie postępowania nie można konwalidować.

Krajowa Izba Odwoławcza w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego Budimex, uznając je za własne.

Zdaniem Izby sporządzone przez odwołujących zestawienia nie stanowią dowodu, iż w istocie doszło rażącego zniżenia wartości pozycji kosztorysowych skutkujące rażąco niską ceną oferty, bądź też podstawą do wezwania przez zamawiającego wykonawcy Budimex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w rozdziale XII pkt 4 s.i.w.z. podał, że „Cena jednostkowa w danej pozycji wycenianego Przedmiaru robót i wartość tej pozycji ma obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości i w oferowanym terminie, włączając w to: koszty bezpośrednie, koszty ogólne budowy, ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę, kalkulowany przez Wykonawcę zysk, ryzyko oraz wszelkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami Wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi z dokumentacji, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania robót budowlanych.” Izba uznaje więc, że intencją zamawiającego było ocenienie szacowania całościowej wartości inwestycji, uwzględniającej koszty bezpośrednie i ogólne koszty budowy i prowadzenia działalności oraz inne wymienione w treści cytowanego postanowienia s.i.w.z., a nie cen jednostkowych.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych

przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie (...).

Przepis powyższy, dopuszcza badanie nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zauważyć jednak trzeba, że aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, należy wykazać, że jej zniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.

Zdaniem Izby, zamawiający w treści opracowanego przez siebie „Formularza cenowego” wprost wskazał zakresy prac, żądając ich poszczególniej wyceny, które w ocenie Izby stanowią istotne części składowe ceny. Dlatego też, na potrzeby przedmiotowego postępowania, badanie ceny oferty, czy też jako to czynią odwołujący, próba zwrócenia uwagi zamawiającego, winna zostać zwrócona li tylko na te właśnie elementy oferty cenowej wykonawcy Budimex. Analiza „Formularza cenowego” złożonego przez Budimex w odniesieniu do cen zaoferowanych przez odwołujących prowadzi do wniosku, że zamawiający nie miał podstaw prawnych oraz faktycznych do wzywania Budimex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres prac wyszczególnionych przez zamawiającego dotyczył dwóch istotnych elementów, tj. Rzeki Elbląg oraz zadania opisanego jako Nowakowo również w rozbiciu na elementy składowe. Analizując porównawczo ceny (netto) ofert stwierdzić należy, iż każdy z wykonawców w sposób charakterystyczny dla siebie przy uwzględnieniu potencjału właściwego dla danego wykonawcy, ustalił ceny za poszczególne elementy w sposób różny od konkurencji. Zdaniem Izby, każdy z wykonawców, znając swoje możliwości, po przeanalizowaniu całości dokumentacji z postępowania, przy uwzględnieniu profesjonalizmu firm ubiegających się o udzielenie zamówienia, miał podstawy do kalkulacji oferty w sposób, który umożliwił mu realizację całego zamówienia za cenę podaną w ofercie, uwzględniając zysk, jaki przewiduje osiągnąć przy przedmiotowym zadaniu. Wskazać należy, iż charakterystyka zamówienia nie pozwala na przyjęcie stanowisk odwołujących się wykonawców za prawidłowe. Wybiórcze porównywanie niektórych elementów zamówienia, których akurat bilans jest korzystniejszy dla odwołujących, nie może jednoznacznie przesądzać, iż Budimex zaoferował realizację niektórych elementów zamówienia po cenie rażąco niskiej. Powoływanie się w swojej argumentacji przez odwołujących na tabele porównawcze, czy też na ofertę jednego podwykonawcy nie wytrzymuje dowodowo w porównaniu do dowodów złożonych przez Budimex, który

w ramach swojej argumentacji powołał się na oferty podwykonawców (tajemnica przedsiębiorstwa) (dwóch, trzech, w zależności o skarżonego elementu), z których to dowodów wprost wynika, że cena oferty Budimex została skalkulowana w oparciu o ceny zaproponowane przez podwykonawców, które są niższe od ceny ofertowej Budimex, co z kolei oznacza, że Budimex założył również zysk, co jest oczywiste z racji tego, że ideą prowadzenia działalności gospodarczej jest osiąganie zysku. Tym samym, w oparciu o dowody zebrane w sprawie, Izba doszła do przekonania, że brak jest podstaw do twierdzenia, że zamawiający zaniechał czynności wezwania Budimex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła również, aby oferta Budimex była sprzeczna z s.i.w.z. albowiem wszystkie elementy związane z realizacją zamówienia zostały w ofercie tego wykonawcy uwzględnione.

Podkreślenia wymaga, iż postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że odwołujący formułując określone zarzuty i tezy, zobowiązani są do ich udowodnienia. Natomiast na stronę przeciwną, tj. na zamawiającego i przystępujących po jego stronie wykonawców, nałożony jest obowiązek wykazania stanowiska przeciwnego do tego prezentowanego przez odwołujących i udowodnienia bezzasadności zarzutów stawianych przez odwołujących. W postępowaniu takim Izba ma za zadanie ustalenia i stwierdzenia, która ze stron postępowania odwoławczego wykazała prawidłowość swojego stanowiska. W przedmiotowym postępowaniu, w zakresie ww zarzutów, Izba stwierdziła, że zamawiający i przystępujący Budimex wykazali bezzasadność stawianych zarzutów. Dowody przedłożone w szczególności przez Budimex, potwierdziły realność zaoferowanej ceny, które w konsekwencji doprowadziły Izbę do przekonania, iż cena zaoferowana przez Budimex nie jest ceną rażąco niską, a w szczególności Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do wezwania Budimex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie podnoszonych przez odwołujących elementów oferty cenowej (kosztorysowej).

Powyższe tezy potwierdzają również wnioski płynące z opinii sporządzonej przez CAS do pisma procesowego przystępującego Budimex (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), w których opiniujący jednoznacznie wskazali, iż porównując wybrane przez odwołujących pozycje kosztorysów w odniesieniu do cen rynkowych oraz cen za poszczególne pozycje w kosztorysach wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu, do cen zaproponowanych przez Budimex, są cenami rynkowymi. Nadto podnieść należy, iż opiniujący w swojej analizie przyjęli ceny powszechnie dostępne wykonawcom na rynku, nie uwzględnili tym samym cen, jakie dostępne są wyłącznie przystępującemu Budimex.

Izba, za przystępującym Budimex wskazuje, że formułowanie zarzutów dotyczących występowania w ofercie wykonawców konkurencyjnych cen rażąco niskich stanowi standardową praktykę w branży budowlanej (wyrok KIO z dnia 16 września 2019 r. ,sygn. akt: KIO 1669/19, KIO 1679/19 i KIO 1682/19, który został wydany w postępowaniu

prowadzonym przez zamawiającego, na budowę drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część I.) Również zatem i w poprzednim postępowaniu dotyczącym tej samej drogi wodnej kwestia zaferowanych cen stanowiła element odwołania jednego z wykonawców. We wspomnianym wyroku (sygn. akt: KIO 1669/19, KIO 1679/19 i KIO 1682/19), z którym Izba w przedmiotowym postępowaniu (KIO 28/21 i KIO 32/21) całkowicie się identyfikuje, stwierdziła, że „W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 190 ust. 1a Pzp w odniesieniu do badania ceny oferty, po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1024/17). (...) Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie istotnej części zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia, w tym zakres, stopień skomplikowania, wymagania techniczne etc. Art. 90 ust. 1 Pzp nakazuje bowiem zaniżenie istotnej części składowej zamówienia odnosić do przedmiotu zamówienia, nie zaś wyłącznie do wartości przedmiotu zamówienia. Tych powinności dowodowych odwołujący nie spełnił. Podkreślić należy, że zarzuty odwołania dotyczą tylko i wyłącznie cen jednostkowych oraz wyczerpują się na porównaniu o charakterze arytmetycznym z pominięciem jakichkolwiek innych wskazań: co istotności, znaczenia tych cen dla wykonania przedmiotu zamówienia, zagrożenia wykonania zamówienia skutkiem ustalonej wartości cen jednostkowych, poziomu cen rynkowych. (...) Ewentualne zaniżenie ceny elementu oferty (*verba legis* istotnej części składowej), w tym ceny jednostkowej, może mieć znaczenie istotne wówczas, gdy wywiera wpływ na całą cenę oferty w ten sposób, że wykonanie z należyłą starannością zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wydaje się niemożliwe. Natomiast nawet jeśli – jak jest w okolicznościach sprawy – poszczególne ceny jednostkowe są niskie, ale nie znajduje to przełożenia na cenę oferty oraz możliwość wykonania całej umowy, brak jest podstaw do wyjaśniania tej ceny. (...) Uwarunkowania działalności wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia są widoczne w różnicach wycen poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.”.

Również porównanie cen za poszczególne elementy zamówienia, wg. Formularzy cenowych, złożonych przez wykonawców, pozwala na przyjęcie powyższej tezy, tj. pozwala na uznanie, iż zindywidualizowana kalkulacja ustalona w oparciu o posiadane zasoby, właściwe danemu wykonawcy, pozwalają na swobodę w kalkulowaniu ceny oferty.

W omawianym zakresie, konieczne jest również powołanie wyroku SO w Krakowie, sygn. akt XII Ga 73/12, który wskazał, iż cyt. „Jest poza sporem, że przepisy ZamPublU nie zawierają tzw. legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i w każdym konkretnym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli zajdzie taka potrzeba, należy tę kwestię badać. Kryteria takiego badania winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, z dnia 28 kwietnia 2008 roku, XIX GA 128/08). Nie można też podzielić stanowiska Skarżącego, że podanie przez wykonawcę w ofercie ceny rażąco niskiej, nawet w przypadku jednej z wielu usług wykonywanych w ramach przedmiotu zamówienia, wyczerpuje już dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ZamPublU. Oceniając, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę ceny całkowite oferty, a nie ceny jednostkowe. Nawet jeśli pewne części oferty, czy pewna usługa mogłaby być uznana za rażąco niską, to nie skutkuje to jednak koniecznością odrzucenia oferty jako oferującej cenę rażąco niską (por. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009, KIO/UZP/109/09). Można zatem zgodzić się z zastrzeżeniami Skarżącego, co do niektórych cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy (...). Jednakże całościowa wartość oferty nie może być uznana za wyczerpującą znamiona podania ceny rażąco niskiej.”.

Ponadto, zdaniem Izby, odwołujący (NDI) nie wykazał na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty Budimex z s.i.w.z. Samo przywołanie stanowiska zamawiającego, iż wykonawca który będzie realizował przedmiot zamówienia nie jest upoważniony do samodzielnego dokonywania zmian w stosunku do rozwiązań technicznych podanych w Dokumentacji Projektowej, zarówno pod względem ilości jak i jakości, nie przesądza jednoznacznie, że Budimex zaoferował rozwiązania inne niż te, które przewidział zamawiający w dokumentacji postępowania. Powoływanie się przez odwołującego NDI na uchwałę SN z dnia 20.10.2011 r. (III CZP 52/11, OSNC 2012, Nr 4, poz. 44) jest całkowicie niezasadne, albowiem przedmiotem uchwały były okoliczności związane z różnymi stawkami VAT oferowanymi przez wykonawców i możliwością odrzucenia oferty przez uznanie, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny.

Za bezzasadne Izba uznała zarzuty odwołującego NDI dotyczące braku możliwości przyjęcia kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez zamawiającego, jako punktu odniesienia do badania RNC w ofercie Budimex. Izba wskazuje, co zostało stwierdzone na rozprawie, iż kosztorys inwestorski przekazany odwołującemu w dniu 23 grudnia 2021 roku, jest jedynym wiążącym dokumentem wytworzonym przez zamawiającego. I tylko w odniesieniu do cen przyjętych przez zamawiającego w tym kosztorysie możliwe jest porównywanie ofert wykonawców. Okoliczność, iż odwołującemu kosztorys ten nie za bardzo „pasuje” do zarzutów nie stanowi okoliczności sprzyjającej odwołującemu, statuującej prawo do nieuwzględniania jego postanowień przy badaniu ofert. Faktem przyznanym przez zamawiającego jest okoliczność, iż jest w posiadaniu kosztorysu sporządzonego przez firmę

(...), jednakże był to dokument wyjściowy, zaktualizowany przez zamawiającego do cen obecnie występujących na rynku w oparciu o wartości uzyskane przez zamawiającego w innych postępowaniach. Wobec powyższego, jedynym wiążącym dokumentem był kosztorys przekazany odwołującemu z poprawkami naniesionymi przez zamawiającego.

Odwołujący NDI w ramach postępowania dowodowego przedłożył opinię sporządzoną przez Warszawskie Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB sp. z o.o. dotyczącą sprawdzenia czy Kosztorys Inwestorski z IV 2020 zawiera ceny SEKOCENBUD I kwartał 2019. Izba stwierdziła, że przedłożony dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Okoliczności podnoszone przez sporządzającego opinię, iż kosztorys inwestorski zawiera rozbieżności względem przedmiaru robót, jest niekompletny, czy też, że niektóre pozycje kosztorysowe nie zostały wycenione w oparciu o cenniki SEKOCENBUD I kwartał 2019, pozostają bez znaczenia w sytuacji, gdy zamawiający dokonał stosownych poprawek na kosztorysie inwestorskim upubliczniając je wykonawcom.

Odwołujący NDI zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „ZNKU”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zwracając uwagę na niezwykle niepożądane, sprzeczne z powszechnie obowiązującymi dobrymi obyczajami kupieckimi, a co istotniejsze mogące spowodować realną szkodę po stronie zamawiającego (podobnie jak i po stronie wykonawców) zjawisko „przerzucania kosztów” pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysów, mające na celu wykreowanie ceny pozornie rynkowej, przy czym w istocie służące jedynie wykorzystaniu bilansu kryteriów oceny ofert celem uzyskania w danym kryterium maksymalnej liczby punktów, a w dalszej kolejności - po wyborze oferty - forsowaniu szeregu zmian w zakresie realizacji umowy, powodujących znaczące zwiększenie wynagrodzenia obmiarowego w stosunku do ceny ofertowej. Odwołujący wskazał, że niektóre istotne pozycje cenowe są w sposób rażący zawyżone w stosunku do analogicznych pozycji cenowych w ofertach pozostałych wykonawców, obrazujących funkcjonujące ceny rynkowe za realizację przedmiotowego zakresu prac. W Przedmiarze Robót pn. 12091_RZEKA ELBLĄG. UMOCNIEŃ BRZEGU, zamawiający kilkakrotnie w poszczególnych pozycjach przewidział roboty polegające na „Dostarczeniu stalowej ścianki szczelnej” zakładając - w zależności od typu umocnienia - różne ich parametry (por. Tabela nr 15). W pozycjach tych Budimex podał różne ceny jednostkowe wahające się od kwoty 9002,02 zł/mb do kwoty 18 288,92 zł/mb. Mając na względzie zsumowane pozycje

przedmiaru robót dot. „Ścianek szczelnych”, należy zauważyć, iż wycena owych pozycji w ofercie Budimex wynosi 189 277 352,67 zł, będąc o 44% wyższa od średniej arytmetycznej wartości tychże pozycji zawartych w kosztorysach pozostałych wykonawców (131 817 944,77 zł). Przy czym wyliczywszy z obliczeń najwyższą cenę „Ścianek szczelnych” z oferty Budimex, średnia arytmetyczna pozostałych cen wynosi już 124 635 518,78 zł. W ocenie odwołującego, mając na uwadze zaawansowaną technologię i parametry owych „Ścianek szczelnych”, a co za tym idzie ograniczony krąg producentów realizujących tego typu konstrukcje, którzy co do zasady oferują na rynku wykonawców analogiczne ceny, oferowanie przez Budimex tak wysoce zawyżonych, nieporównywalnych i nierynkowych cen świadczyć może o nieuprawnionym „przerzucaniu kosztów” pomiędzy poszczególnymi pozycjami polegającym z jednej strony na oferowaniu cen rażąco zaniżonych (nieuwzględniających całego zakresu prac), z drugiej zaś na oferowaniu cen dalece zawyżonych (nieznajdujących oparcia w technologii, czy też rzetelnej i zgodnej z zasadami rynkowymi wycenie robót). Zdaniem odwołującego, dostawa ścianek szczelnych odbywa się niewątpliwie na początku realizacji prac, a tym samym Budimex - oferując zawyżone ceny ww. pozycjach - może w sposób nieuprawniony zaliczkować inne zakresy prac (realizowane później). Podkreślenia przy tym wymaga, iż jedynie w odniesieniu do tej części zamówienia (wycenionej przez Budimex znacznie ponad wartości rynkowe) zamawiający przewidział płatność bezpośrednio po dostawie, nie zaś dopiero po wbudowaniu, co zostało przyjęte jako reguła przy realizacji innych robót, m.in. przy znaczącej (pod względem cenotwórczym) pozycji „Mikropale”, przy wycenie których Budimex zaoferował już ceny znacznie poniżej wartości rynkowych. W tym zakresie oferta wykonawcy Budimex narusza interesy innych przedsiębiorców - wykonawców na gruncie niniejszego postępowania, a także interes samego zamawiającego.

Zamawiający, odnosząc się do ww. zarzutu wskazał, że fakt dokonania innej niż odwołujący wyceny poszczególnych pozycji jednostkowych nie stanowi potwierdzenia, że rozwiązanie zaoferowane przez Budimex jest czynem naruszającym uczciwą konkurencję, wobec czego odwołanie w tym zakresie jest nieuzasadnione. Odwołujący skrzętnie pomija okoliczność, że przedmiotem oferty nie jest dostarczenie niektórych elementów zamówienia czy wykonanie jedynie jego części, a wykonanie kompletnego obiektu, względnie zespołu obiektów. Cytowane czy wskazywane przez odwołującego tezy i sygnatury orzeczeń KIO odnoszą się do zupełnie innych stanów faktycznych, gdy stosowanie inżynierii cenowej było powiązane z kryteriami oceny ofert i w efekcie umożliwiało - poprzez manipulację cenową - wygraną *de facto* oferty znacząco wyższej. Z tego rodzaju sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu i trudno oprzeć się wrażeniu, że próby manipulacji poprzez wskazywanie całkowicie nieadekwatnych orzeczeń dopuszcza się odwołujący.

Przystępujący Budimex wskazał, iż aby można było mówić o występowaniu zjawiska manipulowania ceną, a więc o „określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen” (Komentarz do art. 89 PZP [w]: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak – Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 12, Legalis 2020). Odwołujący formułujący taki zarzut powinien udowodnić wystąpienie wszystkich przesłanek za pomocą konkretnych dowodów. Tylko w takiej sytuacji możliwe jest uznanie, że do manipulacji rzeczywiście doszło. W pierwszej zatem kolejności konieczne jest wykazanie, że przystępujący „przerzucił” koszty między poszczególnymi elementami cenotwórczymi, na podstawie konkretnych pozycji – z jednej strony rażąco zaniżonych, a z drugiej – rażąco zawyżonych, aby o przeliczeniu kosztów w ogóle mogła być mowa. Po drugie należy udowodnić, że celem takiej manipulacji musiałoby być uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami poprzez zakłócenie rzetelnego i niezafałszowanego funkcjonowania konkurencji i sprawiedliwego współzawodnictwa. Po trzecie, odwołujący musiałby również udowodnić, że wykonawcy uczciwie kalkulujący swe ceny nie mogą realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulacji, a zatem świadomie i celowo ogranicza dostęp do rynku. Po czwarte wreszcie należałoby wykazać, że działanie polegające na manipulowaniu ceną zagraża interesom zamawiającego, który w następstwie manipulacji zmuszony jest do dokonania wyboru oferty zawierającej wyższą cenę całkowitą, chociaż być może ceny jednostkowe wydają się niskie. Odwołujący tymczasem w uzasadnieniu tak sformułowanego zarzutu powołuje się jedynie na pozycje dotyczące dostarczenia stalowej ścianki szczelnej, które to pozycje (jak również wszystkie inne pozycje, co do których odwołujący ma dalsze wątpliwości) przystępujący opisał w sposób szczegółowy w zakresie wyceny w ramach swojej argumentacji dotyczącej rnc. W uzupełnieniu tej argumentacji przystępujący podał, że w ramach rzetelnej i prawidłowej wyceny w ramach pozycji odnoszących się do dostarczenia stalowej ścianki szczelnej uwzględnił również ryzyko wzrostu cen stali, które jest zjawiskiem powszechnie obserwowanych obecnie na rynku. Przystępujący przeanalizował trendy i prognozy przygotowane przez Polską Unię Dystrybutorów Stali dotyczące blachy gorącowalcowanej (indeks cen stali PUDS) oraz wykres dotyczący Profilu HEB 200 (indeks cen stali PUDS), z których również wyraźnie wynika, że ceny te ulegają systematycznemu wzrostowi. W związku z takimi prognozami przystępujący zdecydował się wliczyć to ryzyko do pozycji odnoszących się do dostarczenia stalowej ścianki szczelnej.

Zdaniem Izby, zarzut odwołującego jest bezzasadny. Odwołujący nie udowodnił, że przystępujący Budimex w swojej ofercie przerzucił koszty pomiędzy różnymi pozycjami ofertowymi. Izba zwraca uwagę, iż głównym przedmiotem zamówienia, jego najistotniejszą częścią, jest umocnienie brzegów rzeki Elbląg, które wykonywane jest właśnie przy użyciu ścianek szczelnych. Wielkość zamierzenia inwestycyjnego obejmuje ok. 15 kilometrów umocnień. Stąd w ocenie Izby za prawidłowe, uwzględniające uwarunkowania rynkowe, należy uznać działanie Budimex, który przewidując zarówno czas realizacji tej inwestycji (ok. 1,5 roku), jak również zmieniające się ceny stali (wzrost cen) przewidział dla tej pozycji zamówienia wysokie koszty związane z zakupem ścianek szczelnych. Tym samym biorąc pod uwagę zarówno czas realizacji zadania oraz przewidywany wzrost cen stali, jak najbardziej właściwe było przyjęcie wyceny podanej przez Budimex, który swoim staraniem, przewidując ewentualne ryzyko wzrostu cen stali, ukształtował wartość swojej oferty na wyższym poziomie niż inni wykonawcy. Powyższe potwierdzają dowody złożone zarówno przez Budimex, jak i odwołującego NDI, z których jednoznacznie wynika tendencja do wzrostu cen stali. Za zasadne w tym względzie należy przyjąć stanowisko, iż żaden producent ścianek szczelnych nie będzie w stanie wyprodukować takiej ilości „na raz”, jest to niemożliwe fizycznie. Niemożliwe logistycznie jest również dostarczenie „na raz” wszystkich zamówionych ścianek, albowiem ich transport przewiduje kilkanaście, jak nie kilkadziesiąt pełnych transportów kolejowych. Tym samym argumentacja odwołującego w tym zakresie jest całkowicie niezasadna. Nadto w odniesieniu do powoływanych przez odwołującego wyroków wskazać należy, że dotyczą one przerzucania kosztów w ramach kryteriów oceny ofert. W tym postępowaniu z taką okolicznością nie mamy do czynienia. Dodatkowo należy wskazać, co również jest okolicznością przemawiającą za przyjęciem stanowiska, że Budimex nie złożył oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, niejako zawyżając ceny za dostarczanie stalowych ścianek szczelnych, gdyż zamawiający na rozprawie oświadczył, iż PORR, realizując inną robotę dla zamawiającego, wystąpił z roszczeniem do zamawiającego, powołując się w swojej argumentacji na wzrost cen stali o 47%. Powyższe dobitnie potwierdza prawidłowość kalkulacji przyjętej przez Budimex.

Odwołujący NDI w ramach postępowania dowodowego przedłożył do akt sprawy:

- 1) „niezobowiązującą” ofertę z dnia 1 lipca 2020 roku (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa),
- 2) zestawienie prezentujące cenę, jaką zaoferował Budimex za 1 tonę stalowych ścianek szczelnych w przedmiotowym postępowaniu w porównaniu do obowiązującego kosztorysu inwestorskiego z II etapu (przedmiot tego zamówienia) oraz kosztorysu inwestorskiego z I etapu,
- 3) faktury VAT z cenami, jakie obowiązany jest płacić odwołujący NDI sprzedawcy stalowych ścianek szczelnych,
- 4) „niezobowiązującą” ofertę firmy ArcelorMittal z dnia 17 lutego 2021 r. przedstawiającą warunki dostawy stalowych ścianek szczelnych,

- na okoliczność zawyżenia przez Budimex ceny za dostawę 1 tony stalowych ścianek szczelnych.

Izba stwierdziła, iż ww. dowody potwierdzają jedynie warunki współpracy, jakie wypracował sobie odwołujący ze sprzedawcą stalowych ścianek szczelnych. Nadto „niezobowiązujące” oferty czy też zestawienie ceny z kosztorysami inwestorskimi z dwóch różnych postępowań, nie dowodzą czynu nieuczciwej konkurencji. Dlatego też ww. dowody Izba uznała, za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a dodatkowo nie potwierdzają też dowodowych postawionych przez odwołującego.

Również pozostałe dowody złożone przez odwołującego NDI, tj.: 1) aneks nr 7 do kontraktu (...) z dnia 4 października 2019 r., 2) umowa podwykonawcza nr 867/20/03 z dnia 24 czerwca 2020 r., 3) aneks nr 1 do umowy dostawy nr (...) z dnia 5 sierpnia 2020 r. (aneks objęty tajemnicą przedsiębiorstwa),

- złożone na okoliczność wartości prac związanych z wydobyciem i przeniesieniem roślinności szuwarowej oraz wartością dostaw i robót dotyczących mikropali, potwierdzają za jaką cenę odwołujący NDI lub jego podwykonawcy wykonują określone prace, co nie oznacza, że każdy z wykonawców, realizujących przedmiotową inwestycję (nie inną), osiągnie taki sam pułap cenowy. Jak wykazał to bowiem przystępujący Budimex, ofertę swoją sporządził w oparciu o ceny podwykonawców, którzy będą realizowali zadania związane z przedmiotowym zadaniem inwestycyjnym za określoną w ofertach cenę, co umożliwi Budimex osiągnięcie zysku. Świadczyć to może o tym, iż każdy z wykonawców ma inne warunki współpracy z podwykonawcami. Takie wypracowane warunki współpracy, nie mogą następnie negatywnie oddziaływać na wykonawcę, rzekomo świadcząc o rażąco niskiej cenie oferty, czy też o czynie nieuczciwej konkurencji. Z takim negatywnym podejściem Izba się nie zgadza.

Odwołujący NDI postawił zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4, ust. 2a ustawy Pzp, przez naruszenie zasady bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania (a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) wyrażające się w zaniechaniu wyłączenia biegłego p. J.M. w odpowiednim czasie, pomimo że pozostaje ona w relacji rodzinnej pierwszego stopnia z kluczowymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia przez Budimex (w tym osobą zatrudnioną na umowę o pracę), wskazanymi w Wykazie osób i podejmowała czynności w postępowaniu, mające wpływ na jego wynik zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania. Odwołujący podniósł, iż z protokołu postępowania (dalej jako: „Protokół”) wynika, że p. J.M., żona p. K.M., wskazanego przez Budimex na stanowisko Kierownika Budowy i matka p. G.M., wskazanego przez Budimex na

stanowisko kierownika robót hydrotechnicznych, jako biegły (część 4 lit. A pkt 4, s. 3 Protokołu) dokonywała istotnych czynności w postępowaniu, mających wpływ na jego wynik. Przygotowała w całości Opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 4 do s.i.w.z. (część 4 lit. B pkt 1 i 5, s. 4 Protokołu) oraz konsultowała odpowiedzi do s.i.w.z. w zakresie przedmiotu zamówienia (część 4 lit. A pkt 5, s. 4 Protokołu). Z protokołu wynika, że powołani biegli złożyli oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Z protokołu wynika również, że p. J.M. została odwołana w dniu 2.10.2020 r. (pkt 69 załączników do protokołu). Tymczasem informację o ubieganiu się przez Budimex o udzielenie zamówienia p. J.M. i zamawiający podjął co najmniej w dniu 8.05.2020 r., kiedy to Budimex przystąpił do odwołania wniesionego przez PORR (pkt 8 załączników do protokołu), a następnie w dniu 23.07.2020 r., Budimex przystąpił do odwołania wniesionego przez Doraco (pkt 31 załączników do protokołu). Informacje o tym, że Budimex jest wykonawca, który złożył ofertę powzięto w dniu 9.09.2020 r., tj. w dniu składania ofert. Zatem najpóźniej w tym dniu p. J.M. powinna zostać wyłączona z czynności w postępowaniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z ust. 2a ustawy Pzp. W świetle art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, osoby wykonujące czynności w postępowaniu podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Natomiast art. 17 ust. 2a ustawy Pzp, zobowiązuje kierownika zamawiającego lub osobę, której powierzył on czynności w postępowaniu, w razie uzasadnionego podejrzenia, że pomiędzy pracownikami zamawiającego lub innymi osobami zatrudnionymi przez zamawiającego, które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na wynik postępowania, a wykonawcami zachodzi relacja określona w ust. 1 pkt 2- 4, do odebrania od tych osób, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenia w formie pisemnej w przedmiocie okoliczności, o których mowa w ust. 1. Jak wynika z udostępnionych odwołującemu notatek z posiedzenia Komisji przetargowej p. J.M. brała udział w posiedzeniach tej Komisji po otwarciu ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, że z całą pewnością zamawiającemu znane są i były od momentu wszczęcia postępowania powiązania rodzinne p. J.M. z kluczowym personelem Budimex. Pani J.M. współpracuje z zamawiającym od wielu lat. Dla przykładu - w części I Przekopu Mierzei, realizowanej przez odwołującego pełniła w trakcie postępowania przetargowego funkcję doradczą (była biegłym oraz pełnomocnikiem zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą). Istotne jest przy tym, że jej syn, p. G.M. jest pracownikiem Budimexu, co wprost zostało określone w Wykazie osób w zakresie podstawy dysponowania przez Budimex jego osobą, a mąż współpracuje z Budimex. Okoliczności te są znane na rynku lokalnym tego typu robót budowlanych. O świadomości zamawiającego świadczy również fakt, że podjął decyzję o odwołaniu p. J.M. w dniu 2.10.2020 r., czyli jeszcze przed dniem złożenia przez Budimex

Wykazu osób, a zatem uznał istnienie powiązań powodujących brak bezstronności i obiektywizmu.

W zakresie powyższego zarzutu, który w ocenie Izby nie został wykazany, albowiem odwołujący powołując fakty z uczestnictwa p J.M. w pracach komisji przetargowej nie powołuje, jakie konkretnie czynności wykonywane przez p J.M. spowodowały naruszenie zasad obiektywizmu i bezstronności, Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego, uznając je za własne. W tym zakresie wskazać zatem należy, iż wskazywana przez odwołującego podstawa wykluczenia tej osoby nie zaktualizowała się nigdy, gdyż podnoszone powiązanie rodzinne nie dotyczą powiązania z wykonawcą, członkami jego organów zarządzających, jak również nie dotyczą stosunku pomiędzy tą osobą, a wykonawcą. Powiązanie, jakie „wykrył” odwołujący dotyczy powiązania rodzinnego z osobą wskazywaną jako personel wykonawczy w przyszłym przedmiotowym zamówieniu. Nie jest to przesłanka wykluczenia członka komisji czy też innej osoby wykonującej czynności przy zamówieniu. Zamawiający nie odbierał oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2a ustawy Pzp, bo nie było do tego podstaw. Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych ani dowodów, pozwalających na uznanie prawdziwości twierdzeń zawartych w odwołaniu.

Odwołujący NDI postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jego oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie zaniechanie poprawiania w ofercie odwołującego innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażające się w poprawieniu innych omyłek w ofercie Budimex przy jednoczesnym zaniechaniu poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego (NDI). Odwołujący wskazał, iż w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, że oferta odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z., gdyż nie uwzględnia wszystkich wymagań zamawiającego. Uzasadnienie prawne: „Art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”. Uzasadnienie faktyczne: „Oferta Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie uwzględnia wszystkich wymagań Zamawiającego. W ofercie nie wyceniono pozycji przedmiarowej dotyczącej wykonania wyplantowania przeznaczzonego do nasadzenia roślinności szuwarowej w ilości 12 000 m³, zgodnie z pismem Zamawiającego Wyjaśnienia treści SIWZ - Zmiany treści SIWZ z dnia 24.08.2020 r. (odpowiedź na pytanie 32.3). Powyższej niezgodności z treścią SIWZ nie da się usunąć w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający samodzielnie nie jest w stanie ustalić ceny jednostkowej w/w pozycji kosztorysowej.”.

Odwołujący wskazał, że nieuprawniony jest wniosek zamawiającego, co do nieuwzględnienia przez odwołującego w ofercie wszystkich wymagań zamawiającego, a przez to złożenie oferty nieodpowiadającej treści s.i.w.z. Odwołujący oświadczył, iż uwzględnił wszystkie wymagania zamawiającego wynikające z dokumentacji postępowania, a w ślad za tym ujął wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia, a jedynie omyłkowo nie wyodrębnił w wycenionych przedmiarach poz. 31, dodanej do Załącznika nr 3.2, PR Zieleń rev. 1 odpowiedzią na pytanie 32.3 (pismem z dnia 24.08.2020 r.). Wyodrębnienie tej pozycji nastąpiło na skutek wniosku innego wykonawcy, nie mniej jednak elementy kosztotwórcze, które udzieloną odpowiedzią na pytanie 32.3 zostały przypisane dodatkowej pozycji 31 przedmiaru, wynikają już z pierwotnej treści s.i.w.z., ale także zostały wprost wskazane przez zamawiającego w znacznie wcześniej udzielonych odpowiedziach do s.i.w.z., jako koszt związany z przeniesieniem szuwaru. Nie jest to zatem nowy element przedmiotu zamówienia, a jedynie wynik wyodrębnienia tej pozycji z innego elementu kosztowego. Odwołujący podniósł, iż przedmiar robót w Części II.2 Zieleń zawierał dwie pozycje nazwane zbiorczo „PRZENIESIENIE SZUWARU NA DRUGĄ STRONĘ GROBLI DO ZATOKI ELBLĄSKIEJ ZGODNIE Z RAPORTEM ODDZIAŁYWANIA NA ŚRODOWISKO ORAZ ANEKSEM DO RAPORTU O ODDZIAŁYWANIU NA ŚRODOWISKO PRZEDSIĘWZIĘCIA PN. „BUDOWA DROGI WODNEJ ŁĄCZĄCEJ ZALEW WIŚLANY Z ZATOKĄ GDAŃSKĄ”, tj. poz. 29 d.3 przeniesienie szuwaru i poz. 30d.3 usunięcie szuwaru bez przeniesienia. Zakres prac niezbędnych do wykonania zamówienia w części dotyczącej przeniesienia szuwarów i wiążące się z tym koszty możliwe były do ustalenia już na podstawie Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego załącznik nr 4 do s.i.w.z.), dokumentacji projektowej (Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 15 do s.i.w.z.) oraz Decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Olsztynie z dnia 5 grudnia 2018 r., znak: WOOŚ.4211.1.2017.AZ.67; dalej jako: „Decyzja RDOŚ” (załącznik nr 16 do s.i.w.z.), Raportu o oddziaływaniu na środowisko przedsięwzięcia pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską” z maja 2018 wraz z Aneksem z września 2018 r., a także wcześniejszych odpowiedzi zamawiającego dotyczących przeniesienia szuwaru i koniecznego w tym celu wykonania wypłylenia przeznaczonego do nasadzenia roślinności szuwarowej pochodzącej z rezerwatu. Na stronie 4 OPZ zamawiający wskazał, iż w celu minimalizacji oddziaływania inwestycji na roślinność szuwarową Zatoki Elbląskiej i siedliska przyrodniczego 1130 Estuarium należy przeprowadzić następujące działania:

- a. w sąsiedztwie ścianki szczelnej, na odcinku od km 6+600 do km 7+100 utworzyć wypłylenia/skarpy (piaskiem i mułem pochodzącym z dna Zalewu Wiślanego z rejonu Mierzei Wiślanej) o szerokości ok. 30 m,
- b. roślinność szuwarową z toru wodnego na rzece Elbląg usunąć i przenieść na wypłylenia/skarpy w terminie od 1 września do 30 września.

Na stronach 3 i 4 Specyfikacji Technicznej D.01.02.01 zamawiający wskazał: 5.2. Zasady oczyszczania terenu z drzew i krzewów: Roboty związane z usunięciem drzew i krzewów drzew obejmują wycięcie i wykarczowanie drzew, wywiezienie pni, karpiny i gałęzi poza teren budowy na wskazane miejsce, zasypanie dołów. Szuwar przeznaczony do przesadzenia należy przenieść w miejsce wskazane przez zamawiającego. Szuwar należy usunąć w taki sposób, żeby nie uszkodzić rośliny i zapewnić jej dalszą wegetację. Należy usuwać go w sposób powodujący jak najmniejsze uszkodzenie kłaczy i w możliwe największych płatach (co ułatwi później nasadzenie w docelowym miejscu). Technologię pozyskiwania kłaczy jak również sadzenia powinien dobrać wykonawca, w zależności od sił i środków, którymi dysponuje. Pozostały szuwar nie podlegający przesadzeniu usunąć i wywieźć transportem samochodowym lub splawiać na barkach.

Odpowiadając na pytanie 31.12 pismem z dnia 10.07.2020 r. zamawiający określił wszystkie niezbędne do wykonania wypłylenia elementy robót oraz sposób ich wykonania, a także elementy kosztotwórcze, które należy przyjąć do kalkulacji kosztów tego zadania.

Pytanie nr 31.12 - Odnosnie Decyzji Środowiskowej zapisy punktu III pkt 7. Prosimy o wskazanie miejsca skąd należy pobrać szaladowany materiał do wykonania wypłylenia. Z uwagi na podział inwestycji na 3 odrębne budowy wykonawca prac nie będzie miał możliwości pobrania piasku bezpośrednio z dna Zalewu Wiślanego w rejonie Mierzei Wiślanej (odrębny plac budowy).

Odpowiedź - Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z Decyzją Środowiskową punkt III ppkt 7 wypłylenie przeznaczone do nasadzenia roślinności szuwarowej należy wykonać przy użyciu piasku pozyskanego z dna Zalewu Wiślanego w rejonie Mierzei Wiślanej. Zamawiający utworzy depozyt odpowiedniego piasku w rejonie Toru Wodnego w ilości wymaganej dla utworzenia wypłylenia (12 000 m³ piasku). Wykonawcy obowiązani są do przyjęcia w kalkulacji koszty załadunku piasku, przewozu z odległości 10 km, przyjęcia zanurzenia sprzętu do 1,5 m. Natomiast muł wykonawcy winni pobierać lokalnie z rzeki Elbląg.

Dodatkowo zamawiający - uznając dokonaną interpretację Decyzji RDOŚ jako błędną - w odpowiedzi na pytanie (pismem z dnia 14.08.2020 r., (a zatem jeszcze przed wyodrębnieniem dodatkowej pozycji 31 przedmiaru) „przedstawił interpretację prawidłową” i wskazał m.in. wymagane przeniesienie szuwaru na łączną powierzchnię 1,5 ha na wykonane uprzednio wypłylenie.

Odpowiedź - Zamawiający pozostawia brzmienie SIWZ bez zmian. Zawarta w pytaniu interpretacja decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (zdanie z decyzji wyrwane z kontekstu) jest błędna, dlatego też Zamawiający przedstawia prawidłową interpretację. Powyższe oznacza, że Wykonawca w ramach kompensacji przyrodniczej:

1. wykonuje ściankę szczelną na odcinku od km 6+600 do km 7+100, tj. o długości 500 metrów,
2. przy ścianie wykonuje wypłylenie o szerokości do 30 metrów, co daje łączną powierzchnię kompensacji 1,5 ha.

Na taką powierzchnię wykonawca przesadza szuwar pozyskany z toru wodnego Rzeki Elbląg, co oznacza, że maksymalna powierzchnia szuwaru do pozyskania wynosi 1,5 ha. Z oczywistych względów wykonawca nie przenosi całości szuwaru z toru wodnego Rzeki Elbląg, gdyż nie ma takiej fizycznej możliwości, aby całość szuwaru z Rzeki zmieścić na 1,5 ha kompensacji (...).

Z powyższym zapisem skorelowany jest zapis punktu III.3. (3-7) decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, dotyczący realizacji przedsięwzięcia w granicach rezerwatu przyrody Zatoka Elbląska (...).

Dane przekazane przez zamawiającego (na podstawie informacji zawartych w treści s.i.w.z.) w odpowiedzi na powyższe pytanie - posłużyły wykonawcy zadającemu pytanie nr 32.2 do wyliczenia niezbędnej do pozyskania ilości piasku, które to wyliczenie nie było jednak niczym nowym. Ilość piasku została już bowiem wprost wskazana przez zamawiającego ponad miesiąc wcześniej (pismem z dnia 10.07.2020 r.) w odpowiedzi na pytanie 31.12 wraz ze wszystkimi pozostałymi elementami kosztotwórczymi wyodrębnionej w dniu 24.08.2020 r. poz. 31 przedmiaru. Ponadto elementy kosztotwórcze przeniesienia szuwaru były możliwe do ustalenia już na podstawie informacji wskazanych w treści s.i.w.z. (ST, Decyzji RDOŚ). Zatem już w odpowiedzi na pytanie 31.12 pismem z dnia 10.07.2020 r. zamawiający opisał koszty, które powinni przyjąć wykonawcy kalkulując koszt dodanej do przedmiaru (odpowiedzią na pytanie 32.3 z dnia 24.08.2020 r.) poz. 31 wykonania wypłylenia przeznaczonego do nasadzenia roślinności szuwarowej w ilości 12 000,00 m³, tj. na przeniesienie szuwaru na powierzchni 1,5 ha, objętego poz. 29 przedmiaru. Na etapie udzielania odpowiedzi w dniu 10.7.2020 r. zamawiający nie wyodrębnił jednak dodatkowej pozycji 31 przedmiaru, co oznaczało, że koszty te powinny zostać ujęte w poz. 29d.3 przedmiaru, pn. przeniesienie szuwaru. Dopiero odpowiedzią na pytanie 32.3 z dnia 24.08.2020 r. zamawiający, na prośbę jednego z wykonawców o dodanie pozycji do rozliczenia dostawy piasku i wykonania wypłylenia zgodnie z decyzją RDOŚ i OPZ, wyodrębnił 31 pozycję przedmiaru, jednocześnie wskazując, że powinna być ona wyceniona zgodnie z opisem w odpowiedzi na pytanie nr 32.2, w której *de facto* doszło do powielenia odpowiedzi dokonanej już w dniu 10.07.2020 r. na pytanie nr 31.12.

Pytanie nr 32.3 - Dotyczy pytania powyżej, prosimy o dodanie pozycji przedmiarowej (obecnie brak takiej pozycji) do rozliczenia dostawy piasku i wykonania wypłylenia zgodnie z decyzją RDOŚ i OPZ.

Odpowiedź - Zamawiający wyjaśnia, że wyłączenie przeznaczone do nasadzenia roślinności szuwarowej pochodzącej z rezerwatu należy wycenić zgodnie z opisem w odpowiedzi na pytanie nr 32.1 w przedmiarze dotyczącym zieleni - przedmiar II.2 Zielen_rev,1. Zamawiający, działając w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonuje zmiany treści SIWZ w zakresie Przedmiarów poprzez wprowadzenie zmiany w Przedmiarach zamieszczonym na Portalu zbiorczo jako Załącznik nr 3 do SIWZ - polegającej na wprowadzeniu pozycji o numerze 31 w Przedmiarze stanowiącym Załącznik nr 3.2 - Zielen_rev.1 (opublikowanym 27 lipca 2020).

Pytanie nr 32.2 - Zgodnie z decyzją RDOŚ pkt III. ppkt 7 oraz zapisami z OPZ, wyłączenia przeznaczone do nasadzenia roślinności szuwarowej pochodzącej z rezerwatu, wykonać przy użyciu piasku pozyskanego z dna Zalewu Wiślanego w rejonie Mierzei Wiślanej. Z racji wyłączenia z przedmiotowego postępowania robót czerpalnych, a także z uwagi na fakt, iż Przekop Mierzei - cz. I wykonywane jest przez innego wykonawcę wnosimy o konkretne wskazanie (na mapie) miejsca, z którego wykonawca ma pozyskać ów piasek. Jednocześnie informujemy, iż do pozyskania będzie około 12.000 m³ piasku ($7+100-6+600 = 500$ mb x 30 m szerokości x 0,5-1,0 wysokości).

Odpowiedź - Zamawiający wyjaśnia, że piasek do wykonania wyłączenia przeznaczonego do nasadzenia roślinności szuwarowej wykonawca zobowiązany będzie pozyskać z toru wodnego na Zalewie Wiślanym w odległości do 10 km od miejsca wbudowania (t.j. z rejonu nie objętego wykonywanymi robotami budowlanymi w ramach Części I Przekopu Mierzei). Wskazanie miejsca poboru przez zamawiającego nastąpi na etapie realizacji. Wykonawcy obowiązani są przyjąć w kalkulacji koszty załadunku piasku, przewozu z odległości 10 km, przyjęcia zanurzenia sprzętu do 1,5 m. Natomiast muł, o ile będzie to konieczne, wykonawcy winni pobierać lokalnie z rzeki Elbląg.

Co istotne, a na co zwracał uwagę odwołujący w wyjaśnieniach składanych w dniu 29.09.2020 r., zamawiający wprowadzając do przedmiaru poz. 31, nie załączył poprawionego przedmiaru (w przeciwieństwie do wszystkich innych dokonywanych zmian w przedmiarach, kiedy to zamawiający załączał do odpowiedzi rewizję przedmiaru, uwzględniającą wprowadzone odpowiedziami zmiany). W konsekwencji, odwołujący - posiadając wiedzę pozyskaną w sposób określony wyżej, co do zakresu robót i kosztów związanych z przeniesieniem szuwaru i działając z zamiarem wycenienia wszystkich kosztów związanych z przeniesieniem szuwaru - uzupełnił przedmiary, kalkulując koszty związane z tym zadaniem zbiorczo w poz. 29, tak jak wynikało to z ww. OPZ, ST, decyzji RDOŚ, pierwotnie udostępnionych przedmiarów oraz z udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi przed wyodrębnieniem dodatkowej pozycji 31 przedmiaru. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, a w szczególności to, że zamawiający - zanim dodał dodatkową pozycję 31 do przedmiaru - kilkakrotnie, w różny sposób, w tym dostatecznie jasny już w dniu

10.07.2020 r., wyjaśniał elementy kosztotwórcze związane z przeniesieniem szuwaru, nie sposób uznać, jak przyjął to zamawiający (w informacji o podstawie odrzucenia oferty odwołującego), że w ofercie odwołującego nie wyceniono pozycji przedmiarowej dotyczącej wykonania wypłylenia przeznaczzonego do nasadzenia roślinności szuwarowej w ilości 12 000 m³. Niedopisanie tej pozycji do złożonego przez odwołującego przedmiaru jest jedynie efektem technicznej omyłki, a nie złożenia oferty bez ujęcia kosztów wykonania wypłylenia przeznaczzonego do nasadzenia roślinności szuwarowej.

Zamawiający wskazał, iż pozycja nr 31 została utworzona „od zera”, a nie poprzez podział czy wydzielenie z innej pozycji. Wykonawcy, w toku zadawanych pytań, słusznie wskazali, że brak jest pozycji umożliwiającej rozliczenie dostawy piasku i wykonania wypłylenia zgodnie z decyzją środowiskową. Co więcej, podana ilość piasku 12 000,00 m³ konieczna do wykonania wypłylenia jest wielkością orientacyjną i będzie ona rozliczana powykonawczo (kosztorysowo). Zamawiający nie wie, czy piasku do wykonania wypłylenia potrzebne będzie 12 tys. m³, a może dużo więcej — w warunkach wielometrowego zamulenia Zalewu Wiślanego wielkości osiadania dostarczonego piasku są nieprzewidywalne, a celem tego zakresu robót nie jest dostarczenie danej ilości piasku, a wykonanie wypłylenia w celu przesadzenia tamże roślinności szuwarowej (co z kolei umożliwi przeprowadzenie robót w dalszych częściach rzeki Elbląg). Jeżeli dostarczony piasek będzie w zbyt małej ilości, będą zachodziły zjawiska pogrążania itp., wykonawca, rozliczany w tym zakresie kosztorysowo, będzie zobowiązany do dostarczenia większej ilości piasku. Ponadto przygotowanie obszaru do wykonania nasadzeń rozliczane powinno być rozliczane odrębnie od samej czynności przesadzania szuwaru. Wykonanie wypłylenia i przeniesienie roślinności szuwarowej jest czynnością niezwykle istotną z punktu widzenia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, gdyż dopiero wykonanie tej czynności otwiera wykonawcy front robót w innych częściach rzeki Elbląg na dużym odcinku placu budowy. Nie jest to zatem pozycja pomijalna, nieistotna, bez znaczenia dla zamówienia.

Zamawiający wskazał, że nie ma podstaw do stawiania tezy, że omyłka nastąpiła celowo. Zamawiający w żaden sposób nie może również wywieść z oferty NDI jednego, weryfikowalnego, obiektywnego sposobu poprawienia omyłki czyli dopisania tej pozycji i ustalenia ceny jednostkowej. Pominięta pozycja ma charakter niezwykle istotny dla realizacji zamówienia, powstała jako pozycja nowa, a nie pochodna innych pozycji, jej stworzenie jest wynikiem reakcji zamawiającego na wskazanie przez wykonawców braku możliwości rozliczenia danego zakresu robót.

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy: konsorcjum PORR oraz Budimex, podzielili stanowisko zamawiającego. Konsorcjum PORR złożyło, w ramach postępowania dowodowego opinię sporządzoną przez rzeczoznawcę kosztorysowego, jednakże Izba stwierdziła, że rzeczona opinia *de facto* odnosi się w swojej analizie jedynie do zakresu

specyfikacji technicznej H-1.1, tym samym nie potwierdza okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty konsorcjum NDI z postępowania.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego NDI, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, była czynnością bezzasadną. Z argumentacji prezentowanej przez odwołującego NDI, ale również po części z tej prezentowanej przez zamawiającego wynika, że specyfikacja techniczna, decyzja środowiskowa oraz pozostałe dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia, wprost wskazywały na zakres czynności, jakie należy wykonać w ramach przedmiotu zamówienia. W zakresie omawianego zarzutu, Izba w całości podziela stanowisko odwołującego NDI. Za odwołującym podnieść należy, że według zasad rozliczenia, określonych w ST D.01.02.01 (a to ST jest dokumentem określającym sposób wykonania i odbioru robót), nie ma takiej możliwości, by do rozliczenia robót związanych z przeniesieniem szuwaru stosować jednostkę obmiarową m³. Jeśli rzeczywistym zamiarem zamawiającego było rozliczanie przeniesienia szuwaru według jednostki obmiarowej 1 m³, to wyodrębniając poz. 31 z poz. 29 powinien dokonać odpowiednich zmian w ST D.01.02.01, pozwalających na rozliczenie szuwaru według jednostki obmiarowej m³, czego zamawiający nie uczynił. Powstała wewnętrzna sprzeczność dokumentacji postępowania, spowodowaną brakiem zmiany ST D.01.02.01, a w konsekwencji konieczność przyjęcia hierarchii pierwszeństwa poszczególnych dokumentów, określonej w kontrakcie, według której specyfikacje techniczne mają pierwszeństwo stosowania zarówno przed s.i.w.z., jak i przed „Wypełnionym Przedmiarem Robót”, czyli kosztorysem ofertowym.

Izba wskazuje, że OPZ i decyzja środowiskowa zawierały obowiązek przeniesienia szuwaru, określając wymagania związane z tym zakresem robót. W udostępnionych pierwotnie przedmiarach była tylko poz. 30 (przeniesienie szuwaru). Zamawiający, odpowiadając na pyt. 31.12 z 10 lipca 2021 r., wskazał wszystkie elementy kosztotwórcze niezbędne do wykonania wyłycenia oraz zobowiązał się do utworzenia depozytu piasku, cyt.: „w ilości wymaganej do utworzenia wyłycenia”. Zmianą s.i.w.z. z 27 lipca 2021 r., zamawiający wprowadził zmiany w przedmiarach, wyodrębniając poz. 30 „Usunięcie przedmiaru” i w ślad za tym dokonał odpowiedniej zmiany ST D.01.02.01, tj.: wprowadził jednostkę obmiarową przeniesienia i usunięcia szuwaru – hektar, potwierdził zakres czynności (wynikający już z OPZ i decyzji środowiskowej) koniecznych do przeniesienia szuwaru i usunięcia szuwaru, określając, że cena jednostkowa za wykonanie robót określonych w dokumentacji projektowej (a więc nie określonych wyłącznie w przedmiarze) obejmuje przeniesienie szuwaru (w tym: przygotowanie siedliska pod przeniesiony szuwar itd.) i usunięcie szuwaru oraz wskazał, że cena jednostkowa (w tym dotycząca przeniesienia szuwaru) obejmuje wszystkie wymagane czynności, niezbędne materiały i sprzęt do

wykonania poszczególnych robót oraz że wszystkie roboty powinny być wykonywane według wymagań określonych w dokumentacji projektowej, ST i niniejszej specyfikacji technicznej.

Kolejne pytania i odpowiedzi, w tym powoływane przez zamawiającego i przystępującego Budimex w pismach z 28 stycznia 2021 r., jedynie potwierdzają, w jakich pozycjach należy umieścić koszty związane z wykonaniem zadania przesadzenia szuwaru (pyt. 73.3 z 17 sierpnia), oraz że ilość piasku w utworzonym przez zamawiającego depozycie jest zakładana jako wystarczająca, a w przypadku hipotetycznej sytuacji braku - zamawiający wskaże inne źródło (pyt. 134.1 z 4 września). Zgodnie z odpowiedzią na pyt. 73.3 „wykonanie wypłycenia przeznaczonego do nasadzenia roślinności szuwarowej w zakresie dostawy piasku i wykonanie wypłycenia należy wycenić w poz. 31, a zabezpieczenie przed wymywaniem szuwaru w poz. 29”. Zatem zamawiający tą odpowiedzią poprawił zakres robót dla poz. 31.d.3 w ten sposób, iż oprócz dostawy piasku w pozycji tej znaleźć się ma również samo wykonanie wypłycenia, które to wykonywane jest nie tylko przy użyciu piasku ale też mułu (co wynika już z OPZ s. 4), według technologii przyjętej przez wykonawcę (ST D.01.02.01, s. 4, pkt 5.4).

Biorąc pod uwagę, że wykonanie wypłycenia jest wymagane w ustalonej sztywno szerokości (do 30 m), należy przyjąć, że poz. 31 obejmuje łączną cenę za wykonanie wypłycenia (za pomocą piasku i mułu pozyskanego z dna Zalewu, przy użyciu odpowiedniego sprzętu) i dostawę piasku (jego transport z rejonu wskazanego przez zamawiającego), bez możliwości wyodrębnienia z niej ceny dostawy piasku. Zatem nawet jeśli zamiarem zamawiającego było rozliczenie dostawy większych ilości piasku za pomocą poz. 31, to zamiar ten nie został odzwierciedlony w dokumentacji postępowania, w tym ST D.01.02.01, a także w udzielonych odpowiedziach na pytania do s.i.w.z.

Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 32.2 z dnia 24 sierpnia 2021 r., według której należało wycenić poz. 31, wyodrębnioną odpowiedzią na pyt. 32.3, potwierdził elementy kosztotwórcze podane już 10 lipca 2020 r., odpowiedzią na pyt. 31.12, cyt. „Zamawiający wyjaśnia, że piasek do wykonania wypłycenia przeznaczonego do nasadzenia roślinności szuwarowej Wykonawca zobowiązany będzie pozyskać z toru wodnego na Zalewie Wiślanym w odległości do 10 km od miejsca wbudowania (tj. z rejonu nie objętego wykonywanymi robotami budowlanymi w ramach Części I Przekopu Mierzei). Wskazanie miejsca poboru przez Zamawiającego nastąpi na etapie realizacji. Wykonawcy obowiązani są przyjąć w kalkulacji koszty załadunku piasku, przewozu z odległości 10 km, przyjęcia zanurzenia sprzętu do 1,5 m. Natomiast muł, o ile będzie to konieczne, Wykonawcy winni pobierać lokalnie z rzeki Elbląg.”.

Wobec powyższego nie dochodzi do rozliczenia dostawy piasku w ramach przeniesienia szuwaru w oparciu o jednostkę obmiarową m³. Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia ST D.01.02.01 oraz odpowiedzi

zamawiającego do s.i.w.z. - piasek do wykonania wyłycenia wykonawca ma pozyskać samodzielnie (z miejsca wskazanego przez zamawiającego), identycznie jest z mułem niezbędnym do stworzenia dogodnych warunków dla przesadzonego szuwaru. Nie oznacza to jednak, że gdy dojdzie do zwiększenia ilości niezbędnego piasku, to odwołujący w ogóle nie wykona tych prac lub wykona je nieprawidłowo albo zamawiający nie będzie miał możliwości rozliczenia prac odwołującego. Wskazać należy, że pierwszeństwo stosowania mają postanowienia ST, a zatem w przypadku NDI - zamawiający rozliczy przeniesienie szuwaru w oparciu o poz. 29, pn. Przeniesienie szuwaru, a w przypadku oferty Budimex w oparciu o poz. 29 i wyodrębnioną z tej pozycji poz. 31.

Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania i „historię” wydzielenia poz. 31, należy stwierdzić, że poz. 31 (wykonanie wyłycenia przeznaczonego do nasadzenia roślinności szuwarowej) została wyodrębniona z poz. 29 (obejmującej przeniesienie szuwaru), które według ST, obejmuje również przygotowanie siedliska pod przeniesiony szuwar i jest rozliczane według jednostki obmiarowej hektara.

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie, zastosowanie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, możliwe jest jedynie w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia przez zamawiającego niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią s.i.w.z. Przy czym niezgodność ta musi mieć istotny wpływ na *essentialia negotii* przyszłej umowy. Z okoliczności przedmiotowej sprawy jednoznacznie wynika, że „wada” oferty odwołującego NDI nie ma takiego charakteru. Stwierdzić bowiem należy, że odwołujący, zgodnie z dokumentacją postępowania, przy uwzględnieniu odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców, w poz. 29 uwzględnił całościowy zakres prac przewidzianych przez zamawiającego, a okoliczność braku podania poz. 31 w przedmiarze stanowi jedynie techniczny błąd wykonawcy, niewpływający za merytoryczną poprawność złożonej oferty. Izba stwierdziła, że treść oferty odwołującego NDI, w swej warstwie merytorycznej obejmuje cały zakres zamówienia, co oznacza, że przedmiotowo odpowiada treści s.i.w.z. Jak słusznie podał odwołujący NDI, rozliczenie rzeczowego zakresu robót w przypadku odwołującego będzie mogła się odbywać na zasadzie wynikającej z poz. 29 (ha), natomiast w przypadku np. przystępującego Budimex, na zasadzie wynikającej z poz. 29 (ha) oraz poz. 31 (m³). Jednakże podłoże merytoryczne rozliczenia (zakres prac) pozostaje dokładnie taki sam w przypadku obu wykonawców.

Odwołujący NDI zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR z uwagi na jej niezgodność z ustawą Pzp, ewentualnie art. 22a ust. 2-4 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie uznania, że udostępnione wykonawcy PORR zasoby nie pozwalają na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej lub zawodowej i w konsekwencji zaniechanie wezwania tego wykonawcy do czynności określonych w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez PORR lub zaniechaniu uznania, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu przy jednoczesnym bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego oraz tym samym naruszenie zasady legalizmu prowadzonego postępowania.

Odwołujący podniósł, iż w celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunku opisanego w pkt V. 1.3.1 s.i.w.z., wykonawca PORR wraz z ofertą złożył JEDZ, podając w części II sekcja C, że będzie polegać na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV. Do oferty został dołączony JEDZ podmiotu trzeciego – (...) i zobowiązanie tego podmiotu, z którego wynika m.in. zobowiązanie się do oddania zasobów wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wymóg ten znalazł potwierdzenie w s.i.w.z. (pkt V ust 5). Z kolei w pkt VI ust. 4 s.i.w.z. zamawiający zastrzegł, że wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom zobowiązany jest wypełnić część II sekcja „D” JEDZ oraz wskazać części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców. Wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że faktycznie będzie dysponował udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Jednocześnie wprost wskazany został obowiązek badania przez zamawiającego, czy udostępnione przez podmiot trzeci zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 ustawy Pzp). Jak wskazano wyżej, w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. doświadczenia ustawodawca przesądził wprost o obowiązku zrealizowania robót budowlanych lub usług przez podmiot udostępniający zasoby, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wyraźnie więc wskazuje się na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał udostępniany przez podmiot trzeci, dotyczący doświadczenia koniecznego do uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane. Poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów trzecich możliwe jest jedynie w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia. Ograniczenie możliwości polegania na zdolnościach innych podmiotów do stosownych sytuacji i konkretnego zamówienia oznacza, że ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu

trzeciego powinna być dokonywana z uwzględnieniem realiów wykorzystania określonych zasobów przy realizacji konkretnego zamówienia. Tymczasem, z przedłożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów, nie wynika że PORR będzie mógł w sposób realny wykorzystać udostępnione zasoby, a przede wszystkim, że będzie mógł korzystać z udostępnionych zasobów przez udział tego podmiotu w realizacji części zamówienia, do których zdolności te są wymagane.

Odwołujący wskazał, że w pkt 2 zobowiązania (...), opisując sposób wykorzystania udostępnionych zasobów, przez wykonawcę oświadczył, że udostępniając wykonawcy opisane wyżej zasoby zobowiązuje się przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, aż do jego zakończenia, do wzięcia udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w charakterze podwykonawcy na podstawie umowy o współpracy zawartej z wykonawcą. Następnie w pkt 3 tego samego zobowiązania, oświadczył, że zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: doradztwo i nadzór techniczny przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia. Co więcej, z Formularza ofertowego, ani JEDZ złożonych przez PORR nie wynika, że podmiot ten będzie realizował część zamówienia w formie podwykonawstwa. Wykonawca ten, w lit. G tego Formularza wskazał jedynie ogólnie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zakres prac wskazany przez PORR w lit. G Formularza oferty, który zostanie wykonany przez podwykonawców, nie odpowiada w pełni tej części zamówienia, z którą wiąże się udostępniany zasób. Odwołujący podniósł, że aby można było mówić o spełnieniu wymagania z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, to w Formularzu ofertowym PORR powinien wskazać całą branżę hydrotechniczną nie tylko roboty kafarowe - część zakresu, mikropale - część zakresu i ściany szczelinowe - część zakresu. Należy zwrócić uwagę, że zakres podwykonawstwa określony w ofercie PORR dotyczy jedynie części robót kafarowych, mikropali i ścianek szczelinowych, a zatem z całą pewnością podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie wykona tej części zamówienia, z którą wiąże się udostępniany zasób. Ewentualne wykonanie części tych robót przez podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie jest niewystarczające z punktu widzenia prawidłowego wykonania tej części zamówienia i sprzeczne z wymaganiami zamawiającego oraz art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie - wbrew wyraźnemu wymogowi zawartemu w lit. G Formularza (jeżeli jest to wiadome, należy podać również dane proponowanych podwykonawców) - PORR nie wskazał (...), jako podwykonawcy tych części zamówienia. Nie uczynił tego również w JEDZ. W zobowiązaniu (...), określając sposób wykorzystania przez PORR udostępnianych zasobów, co prawda zobowiązał się do udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze podwykonawcy, ale na podstawie umowy o współpracy, jednocześnie w części dotyczącej określenia zakresu jego udziału przy wykonywaniu zamówienia zawęził

swój udział przy wykonywaniu zamówienia do doradztwa i nadzoru technicznego przez okres realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że co do zasady charakter stosunku prawnego łączącego wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby nie ma znaczenia dla oceny realności udostępnienia zasobów, niemniej jednak udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy realizowany jest poprzez zawarcie umowy o podwykonawstwo, akceptowanej przez zamawiającego na etapie realizacji zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w art. 143b-143d ustawy Pzp. Umowa o współpracy jest natomiast odpowiednia dla zapewnienia udziału podmiotu udostępniającego zasoby w formie świadczenia usług doradczych czy nadzorczych. Z treści zobowiązania nie wynika również, że (...) zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których udostępniane zdolności dotyczą. Zamawiający we wzorze zobowiązania dopuścił możliwość przedstawienia zamiast zobowiązania innych dokumentów, określających m.in. czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Takie dodatkowe dokumenty nie zostały przez PORR przedstawione. Zestawiając treść zobowiązania z brakiem wskazania w ofercie PORR, jako podwykonawcy (...), oraz zakresu prac zleconego podwykonawcom odpowiadającego warunkowi udziału w postępowaniu należy przyjąć, że PORR nie zamierza powierzyć (...) do wykonania, jako podwykonawcy części zamówienia, której dotyczą udostępniane zasoby, ani żadnemu innemu podwykonawcy. Wobec tego uznać należy, w kontekście złożonych oświadczeń w Formularzu oferty i zobowiązaniu, że korzystanie przez PORR z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu będzie miało jedynie charakter doradczo-nadzorczy, na co wprost wskazuje cytowany pkt 3 zobowiązania. Zgodnie zaś z poglądem powszechnie aprobowanym w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, udział w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane przez doradztwo i nadzór techniczny nie jest wystarczający, dla zapewnienia możliwości faktycznego wykorzystania udostępnianego potencjału. Zatem ocena przedstawionego zobowiązania powinna być dokonana przez zamawiającego w świetle art. 22a ust. 3 i 4 ustawy Pzp w sposób negatywny, czego jednak zamawiający zaniechał. Powołanie się przez PORR na potencjał podmiotu trzeciego ma jedynie charakter blankietowy, tj. służy tylko formalnemu wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez faktycznego zamiaru zaangażowania udostępnianego potencjału na etapie realizacji zamówienia. Natomiast posłużenie się zdolnościami innych podmiotów jest dopuszczalne, pod warunkiem że ma ono charakter realnego udostępnienia wymaganych zasobów w zakresie gwarantującym wykonawcy możliwość ich wykorzystania w celu realizacji zamówienia. Okoliczność ta musi być zamawiającemu udowodniona przez wykonawcę. Wykonawca powołując się na potencjał podmiotu trzeciego ma zatem

obowiązek wykazania, że realizując zamówienie będzie faktycznie i w wymaganym zakresie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni ten zarzut odwołania.

Przystępujący PORR wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego tego zarzutu odwołania.

W ocenie Izby, zarzut odwołującego jest przedwczesny, a co za tym idzie uznać go należało za bezzasadny. Wskazać bowiem należy, że przystępującym PORR, iż dokonany przez zamawiającego wybór oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. poprzedzony został badaniem tego wykonawcy przez pryzmat spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Badanie to przeprowadzone zostało w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający, przed udzieleniem zamówienia (...) wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp”. Jak wynika z przywołanego przepisu obowiązkiem zamawiającego było przeprowadzenie weryfikacji spełnienia warunków udziału jedynie w odniesieniu do oferty wykonawcy Budimex S.A. Kwestionowane przez odwołującego zobowiązanie do udostępnienia potencjału stanowi dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mieści się zatem w katalogu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Osadzenia analizowanego zarzutu w materii odnoszącej się do warunków udziału dowodzi zresztą podstawa prawna przywołana w treści samych zarzutów, gdzie odwołujący przywołuje art. 22a Pzp (odnoszący się właśnie do kwestii warunków udziału). Nie zmienia tego przywołanie w podstawie prawnej zarzutu również art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Rzekomej niezgodności oferty przystępującego z Pzp odwołujący dopatruje się właśnie w naruszeniu art. 22a ust. 4 Pzp.

Potwierdzeniem powyższego jest również fakt prowadzenia postępowania w tzw. procedurze odwróconej, w której to zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie (jedynie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta jest najwyżej oceniona) przeprowadza ocenę spełnienia warunków udziału. Oznacza to, że zobowiązanie do udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci (podobnie jak i inne odnoszące się do spełnienia warunków udziału) złożone wraz z ofertą przystępującego nie podlegało jeszcze badaniu przez zamawiającego, co czyni postawiony przez odwołującego zarzut przedwczesnym. Do analogicznych wniosków dochodzi w swoim orzecznictwie Izba. Np. w wyroku z dnia 14 listopada 2019 r. (KIO 2186/19) Izba stwierdziła: „W tym zakresie, Izba oddaliła zarzut dotyczący zobowiązania podmiotu trzeciego, uznając go za przedwczesny, z uwagi na art. 24 aa Pzp i procedurę odwróconą, która została zastosowana przez Zamawiającego. Zarzut

jest bowiem na zaniechanie wykluczenia, jednakże mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, póki ten Wykonawca, czyli (...) nie zostałby uznany, tj. jego oferta za najkorzystniejszą w jakiegokolwiek z trzech części, nie można skutecznie formułować zarzutu tego rodzaju. Zamawiający bowiem nie dokonał jeszcze niewątpliwych ustaleń w tym zakresie. Izba zwraca uwagę, że istotę procedury odwróconej na gruncie Pzp wyraża art. 24aa ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. W pierwszej kolejności, ma miejsce zbadanie ofert pod kątem przesłanek odrzucenia wynikających z art. 89 ust. 1 Pzp oraz ustalonych kryteriów oceny ofert. Następnie, i tylko w odniesieniu do wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną, jako najkorzystniejszą (ofertę, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w przyjętych w danym postępowaniu kryteriach oceny ofert), zamawiający przechodzi do badania sytuacji podmiotowej wykonawcy, tj. kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Stanowisko takie zaprezentowane zostało m.in. w wyrokach KIO takich jak z 17 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 44/17, 13 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 359/17, czy też z 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 643/17. Niniejsze stanowisko Izby, w żaden sposób nie zamyka odwołującemu możliwości ewentualnego podnoszenia tego zarzutu w przyszłości, jeśli oferta tego wykonawcy zostałaby uznana za najkorzystniejszą, w jakiegokolwiek części w tym postępowaniu”.

Odwołujący NDI zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Budimex z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mające (mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez Budimex, ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Budimex, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez Budimex, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do uzupełnienia

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo że wykonawca Budimex nie wykazał spełniania tych warunków, oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania Budimex przy jednoczesnym bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez NDI oraz zasady legalizmu prowadzonego postępowania przez wybór oferty Budimex, pomimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,

oraz

zarzuty odwołującego PORR dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy Budimex, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia Kierownika Budowy, które skłoniły zamawiającego do uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału określony w pkt V pkt 1 ppkt 1.3.2 lit. b) s.i.w.z., ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy Budimex z postępowania, art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do złożenia dokumentów lub wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt V pkt 1 ppkt 1.3.2 lit. b) s.i.w.z.,

a wskutek powyższego, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zarzuty skierowane wobec osoby wskazanej na stanowisko Kierownik Budowy – p. K.M.

Odwołujący NDI podniósł, że zgodnie z pkt V ust. 1.3. pkt 1.3.2 lit. b) s.i.w.z. zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się dysponowaniem m.in. „1 (jedną) osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń i co najmniej 6 (sześć) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy w zakresie powyższych uprawnień, w tym:

- na 2 (dwóch) robotach budowlanych o charakterystyce opisanej w punkcie 1.3.1.a przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy,

o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 mln (słownie: sześćdziesiąt milionów) PLN brutto.”.

W pkt V ust. 1.3 pkt 1.3.1.a s.i.w.z. zamawiający wymagał wykonania roboty budowlanej o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 60 mln brutto każda, których przedmiotem była budowa lub przebudowa:

„(i) morskich budowli hydrotechnicznych w postaci nabrzeży o głębokości technicznej nie mniejszej niż -5,0 m

lub

(ii) morskich budowli hydrotechnicznych w postaci falochronów (z wyłączeniem falochronów o konstrukcji narzutowej), posadowionych na rzędnej nie mniejszej niż -5,0 m

lub

(iii) budowli hydrotechnicznej na wodach śródlądowych polegającej na budowie nabrzeża o głębokości technicznej nie mniejszej niż -5,0 m.”

W ocenie odwołującego, dla wykazania spełniania warunku dysponowania kierownikiem budowy posiadającym ww. doświadczenie konieczne było, aby osoba wskazana na to stanowisko była nieprzerwanie przez okres 18 miesięcy lub cały okres realizacji robót kierownikiem robót w inwestycji, której przedmiotem były budowle hydrotechniczne wskazane w pkt (i)-(iii) powyżej, a wartość robót budowlanych dla jednej takiej roboty powinna wynosić min. 60 mln zł. Przy czym w przypadku budowy falochronów, wyłączona została realizacja w technologii narzutowej.

Wykonawca Budimex w Wykazie osób złożonym w dniu 20.11.2020 r. na stanowisko kierownika robót wskazał p. K.M., a w stosunku do jego osoby, zdaniem odwołującego nie wykazano, alby posiadał doświadczenie wymagane zgodnie z pkt V ust. 1.3 pkt 1.3.2.b) s.i.w.z. Jako pierwszą z robót, w której p. K.M. sprawował funkcję kierownika robót wskazano zadanie pn. „Stocznia Marynarki Wojennej - budowa Mola III (Gościnnie), mola II nabrzeży Południowego, Zachodnich I i II”. Zgodnie z Wykazem osób zadanie obejmowało wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej tj. polegało na budowie nabrzeży i pirsów o głębokości technicznej większej niż -5,0 m. Wartość robót według oświadczenia Budimex wyniosła 100 mln zł. Przedmiotowa inwestycja, prowadzona w latach 70 i 80 ubiegłego stulecia, była jednak podzielona na części/etapy, z których każdy realizowany był na podstawie odrębnego pozwolenia na budowę, stanowił zatem przedmiot samodzielnych robót budowlanych. Zdaniem odwołującego, przedmiotowa inwestycja obejmowała trzy odrębne roboty budowlane, a według wiedzy odwołującego kierownikiem budowy w okresach niżej wskazanych był p. E.B.:

a. rozbudowa Stoczni Marynarki Wojennej w Gdyni - synkrolift, nabrzeża wyposażeniowe - o wartości 38,4 mln zł, w okresie 14.11.1978 r. - 20.11.1979 r. kierownikiem budowy był E.B.;

b. Stocznia Marynarki Wojennej w Gdyni - nabrzeże Południowe - wartości 17,5 mln zł, w okresie 01.10.1977 r. - 15.11.1978 r. kierownikiem budowy był E.B.;

c. Stocznia Marynarki Wojennej w Gdyni - moło III dla pirs wyposażeniowy - 22,4 mln zł, w okresie 20.05.1976 r. - 30.09.1978 r. kierownikiem budowy był E.B.

Powyższe fakty potwierdzają m.in. informacje dotyczące doświadczenia zawodowego p. E.B. składane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazuje, że w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu na „Modernizację wejścia do portu wewnętrznego” w dniu 6.6.2017 r. wykonawca AARSLEFF złożył ofertę na trzy części zamówienia, w której powołał się na doświadczenie p. E.B., wymienione poprzednim punkcie odwołania w lit. a oraz lit. c.

Zdaniem odwołującego, Budimex wprowadził zamawiającego w błąd wskazując w Wykazie osób w zakresie doświadczenia p. K.M. zsumowaną wartość robót budowlanych dla 3 inwestycji, realizowanych na rzecz tego samego podmiotu - Stoczni Marynarki Wojennej. Rzeczywista wartość każdej roboty budowlanej nie przekraczała wymaganej w warunku w pkt V ust. 1.3 pkt 1.3.1.a) s.i.w.z. wartości 60 mln zł, zatem wpisując zsumowaną wartość tych robót, Budimex, co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, a z dużym prawdopodobieństwem w wyniku zamierzonego działania, wprowadził zamawiającego w błąd w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto w Wykazie osób Budimex wskazał, że p. K.M. pozostawał kierownikiem budowy w latach 1974-1987, podczas gdy w latach 1976-1978 w różnych okresach na każdym zadaniu, stanowiącym odrębne roboty budowlane, kierownikiem był p. E.B. Powyższe również niezbicie dowodzi, iż Budimex wprowadził zamawiającego w błąd powołując się na okres, w którym to p. K.M. był kierownikiem budowy.

W pkt 2 Wykazu osób w zakresie doświadczenia kierownika budowy p. K.M. wskazano inwestycję pn. Wykonanie i modernizacja falochronu Wschodniego w porcie Władysławowo. Zgodnie z opisem tego zadania obejmowało ono wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, tj. budowę nowego falochronu półwyspowego o konstrukcji żelbetowej o długości 596 m i obrzutu kamiennego przy użyciu kamienia łamanego oraz gwiazdobloków do 5 ton, posadowionych na rzędnej większej niż -5,00m. Jednocześnie wykonawca Budimex przemilczał fakt, że przedmiotowa inwestycja dotyczyła falochronu o konstrukcji narzutowej, czyli konstrukcji wprost wyłączonej przez zamawiającego z możliwego do przedstawienia doświadczenia kierownika budowy. Opisuąc wymagane doświadczenie zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w pełnieniu stanowiska kierownika budowy na 2 robotach budowlanych o charakterystyce opisanej w punkcie 1.3.1.a na s. 7 s.i.w.z. W punkcie tym zamawiający w odniesieniu do tiretu ii wyłączył falochrony o konstrukcji narzutowej. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami oraz dokumentacją projektową dla wskazanego przez Budimex zadania, przedmiotowy falochron

miał bez wątpienia konstrukcję narzutową. Wykonawca Budimex wskazując tę robotę budowlaną celowo pominął fakt, iż miała ona konstrukcję narzutową, w celu wywołania wrażenia, że sprawowanie funkcji kierownika budowy tej inwestycji przez p. K.M. potwierdza posiadanie wymaganego w pkt V ust. 1.3 pkt 1.3.2. b) s.i.w.z. doświadczenia. Powyższe w sposób jednoznaczny potwierdza, że doszło do złożenia informacji wprowadzających w błąd dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu (dowód: wyciąg z projektu budowlanego inwestycji pn. Wykonanie i modernizacja falochronu Wschodniego w porcie Władysławowo, wydruk ze strony internetowej wykonawcy ww. Inwestycji).

Odwołujący PORR podniósł brak wykazania spełnienia analizowanego warunku przez Inwestycję 2 oraz Inwestycję 3. Zarówno Inwestycja 2, jak i Inwestycja 3 nie spełniają wymagań w zakresie ich wartości. Ponadto Inwestycja 2 nie spełnia parametrów technicznych opisanych przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że za nieprawdziwe uznać należy informacje podane w Wykazie Osób odnośnie wartości zadań. Do Inwestycji 2 Budimex przypisał wartość „powyżej 100 000 000,00 PLN brutto”, natomiast do Inwestycji 3 - „powyżej 50 000 000,00 PLN brutto”.

Zarówno Inwestycja 2, jak i Inwestycja 3 wchodzą w zakres zadania prowadzonego we Władysławowie pn. Modernizacja i rozbudowa portu we Władysławowie wykonywanego na rzecz Przedsiębiorstwa Połowów i Usług Rybackich „Szkuner”. Zadanie to, jako zaliczane do inwestycji centralnych podmiotów gospodarczych, odnotowywane było w ustawach budżetowych. W tym miejscu odwołujący wskazał, że:

- a) w ustawie budżetowej na 1993 r. łączna wartość tego zadania określona została na kwotę 398.465,00 mln PLN (co odpowiada kwocie 39.846.500,00. PLN po denominacji);
- b) w ustawie budżetowej na 1994 r. łączna wartość tego zadania określona została na kwotę 446.979 mln PLN (co odpowiada kwocie 44.697.900,00 tyś. PLN po denominacji);
- c) w ustawie budżetowej na 1995 r. łączna wartość tego zadania określona została na kwotę 477.180 mln PLN (co odpowiada kwocie 47.718.000,00 tyś. PLN po denominacji);
- d) w ustawie budżetowej na 1996 r. łączna wartość tego zadania określona została na kwotę 41.860,00 tyś. PLN, co stanowi ostateczną wartość inwestycji dla zadania, bowiem w kolejnym roku budżetowym, w ustawie budżetowej brak jest wzmianki o jej kontynuacji.
(dowód: wyciągi z ustawy budżetowych za lata 1993-1996).

Jak wynika z powyższego wartości Inwestycji 2 i 3 zostały przez Budimex podane w sposób nierzetelny, łączna wartość całej inwestycji (w tym obu rozpatrywanych, wskazanych jako referencyjne zadań) w żadnym z przywołanych okresów nie zbliżyła się nawet do kwoty 60 mln PLN, o której jest mowa w treści warunku udziału w postępowaniu (odwołujący podkreśla, że „rosnąca” wartość inwestycji w latach 1994-1995 jest pochodną galopującej inflacji, która zresztą była główną przyczyną reformy walutowej). Odwołujący przy tym wskazał, iż w ramach zadania pn. Modernizacja i rozbudowa portu we

Władysławowie, zamawiający tego zadania wykonał modernizację nabrzeża przeładunkowego, wschodniego, sieci technicznych, gruntowną przebudowę falochronu północno- zachodniego oraz budowę dwóch pomostów remontowych. Wskazana wartość końcowa 41.860 tys PLN dotyczy całości wskazanej tej inwestycji.

(dowód: wyciąg ze strony <https://www.szukner.pl/index.php?page=troche-historii>,

dowód: wyciąg ze strony <https://hydrobudowa.com/pl/realizacje/budowa-falochronu-polnocnego-i-modernizacja-falochronu-wschodniego-w-porcie-rybackim-we-wladyslawowie>).

Ponadto odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do Inwestycji 3 jej wartość określona została w kosztorysie szacunkowym (kosztorys inwestorski) na kwotę 35-40 miliardów złotych (co odpowiada, po denominacji, kwocie 3,5- 4 milionów złotych).

Jak wynika z powyższego Budimex przedstawił w Wykazie Osób informacje nieprawdziwe, nieodpowiadające rzeczywistej wartości Inwestycji 2 oraz Inwestycji 3. Odwołujący wskazuje, że już niespełnienie wymogu w zakresie wartości robót pozwala uznać, że Budimex nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Niezależnie jednak od tego, podkreślenia wymaga, że Inwestycja 2 nie spełnia również wymogów w zakresie określonych przez zamawiającego parametrów robót. Inwestycja 2 obejmuje bowiem budowę falochronu Północnego we Władysławowie, którego konstrukcja jest konstrukcją narzutową (co jest niezgodne z treścią warunku), nie zaś konstrukcją żelbetową, jak wskazuje to Budimex w Wykazie Osób. Informacja techniczna związana z konstrukcją falochronu Północnego we Władysławowie jest informacją niewymagającą wiedzy specjalnej, umieszczoną w przestrzeni publicznej np. na stronie internetowej zamawiającego - Urzędu Morskiego w Gdyni, w którego zarządzie pozostaje wzmiankowany obiekt, na stronie internetowej wykonawcy tej inwestycji Hydrobudowy Gdańsk, a także Inwestora - PPIUR „Szukner” (załącznik do pobrania, strona 12). Na każdej z przywołanych stron internetowych wskazano jednoznacznie, że konstrukcja falochronu Północnego we Władysławowie jest konstrukcją narzutową, a tego typu konstrukcji zamawiający nie dopuścił na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pkt V ppkt 1.3.1 lit. a (ii) s.i.w.z.). Informacja o konstrukcji falochronu Północnego wskazana w Wykazie Osób Budimex w sposób ewidentny stanowi daną nieprawdziwą. Wskazana informacja wobec faktu, iż konstrukcja falochronu Północnego jest narzutowa winna być przez Budimex zweryfikowana, szczególnie mając na względzie odległy okres, w jakim Inwestycja 2 była realizowana i konieczność w tym zakresie zachowania szczególnej staranności dla wskazania danych zgodnych z prawdą. Urząd Morski w Gdyni winien zaś zakwestionować wskazaną referencję, jako że jest zarządcą tegoż obiektu od roku 2000.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że głębokość posadowienia wzmiankowanego falochronu Północnego nie sięga - 5 m. W konsekwencji obiekt referencyjny wskazany, jako Inwestycja 2 nie spełnia żadnego z parametrów

charakterystycznych określonych w postanowieniu pkt 1.3.1 a s.i.w.z., zaś wskazanie jej, jako spełniającej parametry wobec tak rażącego ich nie wypełnienia stanowi, co najmniej o rażącej lekkomyślności Budimex, który to wykonawca winien dokonać weryfikacji danych historycznych.

Ponadto odwołujący wskazał, że również w zakresie Inwestycji 1 Budimex przedstawił w Wykazie Osób informacje, które wprowadzają zamawiającego w błąd. Jak wynika bowiem z opisu tego zadania, jego przedmiotem była budowa nabrzeży i pirsów. Tymczasem pirsy, w myśl rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r., stanowią inną niż nabrzeże morską budowlę hydrotechniczną (definicje w tym zakresie ujęte zostały w § 2 pkt 13 i 21 rozporządzenia). W tym miejscu odwołujący podkreślił, że wartość samych nabrzeży nie pozwala na uznanie, że Inwestycja 1 spełnia analizowany warunek udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższej argumentacji uznać zatem należy, że wykonawca Budimex wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnoszących się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do doświadczenia p. K.M., przez co zamawiający uznał, że Budimex spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Mając na względzie jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie wykonawcy Budimex (Wykaz Osób), w którym wskazane zostały nieprawdziwe wartości oraz zakresy Inwestycji 2 i inwestycji 3, uwzględniając, że oczywistym celem tego oświadczenia było spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, w której p. K.M. nie nabył doświadczenia w zakresie wskazanym przez Budimex, powyższe ocenić należy jako umyślne wprowadzenie zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec tego, uznać należy, że działanie Budimex wypełnia znamiona przepisów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Okoliczność przedstawienia informacji niezgodnych z rzeczywistością jest w ocenie odwołującego bezsporna. Informacje przekazane przez wykonawcę Budimex są informacjami wprowadzającymi w błąd zamawiającego, co do posiadanego przez p. K.M. doświadczenia kwalifikującego ofertę Budimex do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na fakt, iż Budimex złożył nieprawdziwe oświadczenie w Wykazie Osób, w zakresie posiadania przez p. K.M. wymaganego dokumentacją niniejszego postępowania doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy, przez co przedstawiono informację niezgodną z rzeczywistością, wykluczona jest możliwość zastosowania procedury uzupełniającej, o której mowa w art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Budimex dopuścił się bowiem wprowadzenia zamawiającego w błąd, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego już na tym etapie, bez względu na dalsze ewentualne składanie wyjaśnień czy uzupełnień, podlega wykluczeniu. Niemniej jednak, gdyby Izba doszło do przekonania, że Budimex nie podlega wykluczeniu, w takim stanie

rzeczy należy unieważnić czynność wyboru oferty Budimex oraz zobowiązać zamawiającego do przeprowadzenia procedury uzupełniającej lub wyjaśniającej. Odwołujący podkreśla jednak, że postawiony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp ma charakter ewentualny i powyższa procedura powinna mieć zastosowanie tylko wtedy, gdyby Izba uznała, że Budimex nie podlega obowiązkowemu wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający wskazał (w odniesieniu do odwołującego NDI), iż w zakresie zarzutu odnoszącego się do osoby p. K.M. (proponowanej na Kierownika Budowy) należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na oczywistą okoliczność błędnego odczytania warunku przez odwołującego. Wbrew tezie wskazanej w odwołaniu (akapit 144 str. 48), zamawiający nie wymagał, aby wartość 60 mln PLN odnosiła się do każdej z robót budowlanych wymaganych dla wykazania doświadczenia Kierownika Budowy. Wystarczyłoby zwrócić uwagę na różnicę brzmienia warunku w zakresie Kierownika Budowy i Kierowników Robót Hydrotechnicznych, gdzie zamawiający poprzez użycie słowa „każda” w brzmieniu warunku wymagał określonej wartości w odniesieniu do każdej roboty. W odniesieniu do Kierownika Budowy, zgodnie z brzmieniem warunku, wystarczające jest, aby łączna wartość robót wynosiła 60 mln. Zauważenie tej oczywistej okoliczności zasadniczo zmienia optykę postrzegania zarzutów odwołania, które opiera się na błędnym rozumieniu treści warunku. Odwołujący nie zakwestionował poz. 3 doświadczenia p. K.M., opiewającej na wartość 50 mln PLN. Zamawiający podkreślił, że zna wszystkie inwestycje wymienione w doświadczeniu p. K.M., a inwestycje w Porcie Władysławowo znajdują się na majątku zamawiającego. Odwołujący nie zaprzeczył ani nie wykazał, aby p. K.M. nie pełnił funkcji Kierownika Budowy przez co najmniej 18 miesięcy, a wartość każdej z inwestycji poz. 2 w rozbiu zaprezentowanym przez odwołującego, wystarcza do „dopełnienia” wymaganej wartości 60 mln PLN. W granicach zatem zarzutu odwołujący, co prawda podniósł pewne wątpliwości odnośnie zsumowania wartości trzech inwestycji budowlanych, jednakże jednocześnie wykazał niezbiecie, że p. K.M. spełnia warunek s.i.w.z.

Zamawiający (odnośnie odwołującego PORR) wskazał, iż podobnie, jak w przypadku odwołania NDI, odwołujący błędnie rozumie treść warunku udziału w postępowaniu. Wbrew tezie wskazanej w odwołaniu, zamawiający nie wymagał, aby wartość 60 mln PLN odnosiła się do każdej z robót budowlanych wymaganych dla wykazania doświadczenia Kierownika Budowy. Wystarczyłoby zwrócić uwagę na różnicę brzmienia warunku w zakresie Kierownika Budowy i Kierowników Robót Hydrotechnicznych, gdzie zamawiający poprzez użycie słowa „każda” w brzmieniu warunku wymagał określonej wartości w odniesieniu do każdej roboty. W odniesieniu do Kierownika Budowy, zgodnie z brzmieniem warunku, wystarczające jest, aby łączna wartość robót wynosiła 60 mln. Zauważenie tej oczywistej okoliczności zasadniczo zmienia optykę postrzegania zarzutów odwołania, które opiera się na błędnym rozumieniu treści warunku.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący nie kwestionuje inwestycji nr 1, tj. inwestycji o wartości 100 mln PLN. Abstrahując zatem od absurdalności wykazywania wartości inwestycji poprzez odwołanie do ustawy budżetowej, każda wartość, nawet ta niekwestionowana przez odwołującego, jest wartością wystarczającą, aby rozpatrując odwołanie w granicach jego podstawy faktycznej, stwierdzić niezasadność zarzutów i potwierdzić wykazanie spełnienia warunku. Twierdzeniu temu nie zaprzecza wskazanie w akapicie 21. odwołania, że przedmiotem robót budowlanych była również budowa pirsu, albowiem brzmienie warunku nie wymagało, aby wartość robót odniesiona została wyłącznie do robót przy morskich budowlach hydrotechnicznych wg definicji użytej w warunku.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na okoliczność, że różnica pomiędzy pirsem, a nabrzeżem polega na tym, że pirs jest budowlą ustawioną prostopadle lub skośnie do nabrzeża lub brzegu. Elementem pirsu jest nabrzeże, przy którym cumują statki, więc trudno twierdzić, że budując pirs nie buduje się nabrzeża. Budowanie zarzutów opartych na tylko semantyce, podczas gdy wystarczy choćby rzut oka na aplikacje typu Google Earth czy Google Maps, aby zorientować się w tej okoliczności, że każdy z prostopadłych pirsów posiada nabrzeża, przy którym cumują statki, wydaje się zbędnym trwonieniem czasu Izby.

Przystępujący Budimex (odnośnie odwołującego NDI) wskazał, iż zamawiający w treści warunku posłużył się, co prawda pojęciem „robota budowlana”, w żadnym miejscu nie utożsamiał jednak tego pojęcia „z jednym obiektem”, czy z jednym pozwoleniem na budowę, co wynika już chociażby z literalnej treści pkt 1.3.1. a) s.i.w.z., który wskazując na charakterystykę wymaganych robót budowlanych, opisując ich przedmiot posłużył się liczbą mnogą („morskie budowle hydrotechniczne w postaci nabrzeży”; „morskie budowle hydrotechniczne w postaci falochronów”). Innymi słowy, zamawiający nie tylko dopuszczał, ale sam zresztą wskazywał na to, iż przedmiotem roboty budowlanej będącej przedmiotem doświadczenia kierownika budowy mogą być realizacje obejmujące kilka obiektów hydrotechnicznych o wymaganej charakterystyce. Fakt, iż dana inwestycja była oparta na kilku pozwoleniach na budowę nie jest z kolei niczym niespotykanym czy niedopuszczalnym w praktyce obrotu – zależy bowiem wyłącznie od decyzji samego inwestora (mogącej być podyktowanej takimi czynnikami jak finansowanie inwestycji czy fragmentaryczne oddawanie inwestycji do użytku), nie dyskwalifikując danej realizacji funkcjonalnie jako „jednej roboty budowlanej”. Taka intencja wynika też ze wzoru załącznika nr 7 – Wykazu osób, gdzie zamawiający posłużył się jeszcze szerszym określeniem „zadanie”, co obrazuje, iż w żadnej mierze nie było jego intencją zawężanie pojęcia „robota budowlana”, którym posłużył się w treści s.i.w.z. wyłącznie do prac dotyczących jednego obiektu czy jednego pozwolenia na budowę. Wręcz przeciwnie – zestawienie treści warunku udziału w postępowaniu oraz treści wzoru wykazu osób - obrazuje, iż zamawiającemu chodziło o realizacje stanowiące pewną, funkcjonalną całość (zamawiający nie zamierzał natomiast badać liczby pozwoleń czy

umów). W kontekście zarzutów stawianych przez odwołującego w tym zakresie, utożsamiających „robotę budowlaną” z jednym „obiektem budowlanym” czy „jednym pozwoleniem na budowę”, przystępujący wskazał nadto na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które w zbliżonych stanach faktycznych, dyskwalifikowało tego typu twierdzenia, ograniczające (wbrew literalnej treści s.i.w.z.) zakres pojęciowy „roboty budowlanej” do jednego obiektu czy realizacji objętej wyłącznie jednym pozwoleniem na budowę, a nawet do realizacji objętej jedną umową. Stanowiska Izby można podsumować w taki sposób, iż pod pojęciem „roboty budowlane”, przy braku odmiennego, wyraźnego ich zdefiniowania w treści s.i.w.z. można rozumieć tak realizację objętą jednym zadaniem (przy uwzględnieniu możliwości podzielenia go na części) jak również całość świadczenia realizowanego na rzecz danego zamawiającego niezależnie od liczby zawartych umów i liczby pozwoleń na budowę, które takiej realizacji dotyczyły. W taką charakterystykę w pełni wpisuje się inwestycja wskazana w ramach pozycji 1 wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia p. K.M., tj. zadanie pn. „Stocznia Marynarki Wojennej – budowa Mola III (Nabrzeże Gościnne), mola II, nabrzeży Południowego, Zachodnich I i II”, która stanowiła jedno kompleksowe zadanie inwestycyjne, realizowane na rzecz Stoczni Marynarki Wojennej, wykonywane przez tego samego wykonawcę (tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjno-Morskiego HYDROBUDOWA-4, w ramach wieloletniej umowy zawartej pomiędzy tymi podmiotami).

Na potwierdzenie powyższego, przystępujący powołuje się na oświadczenie złożone przez p. E.B. oraz angaż p. K.M. na stanowisko kierownika budowy tej inwestycji, z których to wynika, że:

- p. E.B. (pełniący na przedmiotowej inwestycji funkcję kierownika budowy, a następnie kierownika dużej budowy (odpowiednik kierownika kontraktu według obecnej nomenklatury) potwierdza, iż zadanie przedstawione przez przystępującego w ramach pozycji nr 1 wykazu stanowiło jedno zadanie inwestycyjne, realizowane na podstawie wieloletniej umowy o wartości znacznie przekraczającej 100 mln złotych brutto (w kontekście powoływanego dowodu przystępujący wskazuje przy tym, iż skoro to na bazie opisu doświadczenia tej osoby zaczerpniętego z innego postępowania odwołujący konstruuje uzasadnienie dla stawianego przez siebie zarzutu, to należałoby przyjąć, iż sam odwołujący oświadczenia p. E.B. traktuje, jako istotny wyznacznik dla rozstrzygnięcia sprawy);

- wykonawca przedmiotowej Inwestycji, tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjno-Morskiego HYDROBUDOWA-4 traktował omawianą inwestycję, jako całość (jedną robotę realizowaną w tym samym czasie), nad którą pieczę powierzył, jako kierownikowi budowy p. K.M. (dowody: 1. oświadczenie p. E.B., 2. angaż p. K.M. na stanowisko Kierownika budowy, 3. oświadczenie p. K.M.).

W kontekście podnoszonego w tym kontekście zarzutu przez odwołującego, zaznaczenia wymaga, że opiera się on na informacjach, które w postępowaniu pn. Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego zostały podane przez wykonawcę AARSLEFF, pomijając jednak dwie istotne okoliczności. Po pierwsze odwołujący pomija fakt, iż w powoływanym przez niego postępowaniu ilość powołanych robót budowlanych przesądzała o liczbie przyznanych punktów (maksymalną liczbę punktów mógł uzyskać kierownik z minimum 7 robotami), co wskazuje, iż intencja wykonawcy AARSLEFF w takim określaniu doświadczenia p. E.B. i „rozbiciu” jednej wieloletniej budowy na kilka „robót budowlanych” według ilości obiektów, podyktowana była zapewne wyłącznie chęcią uzyskania maksymalnej liczby punktów (przy łącznym potraktowaniu tej roboty i braku wydzielenia z niej poszczególnych obiektów byłoby to okolicznościach tamtej sprawy wyłączone). Po drugie zaś, odwołujący pomija, że w tamtym postępowaniu ofertę złożył również wykonawca Budimex S.A. powołując się również na to doświadczenie p. K.M. i traktując realizację dotyczącą Stoczni Marynarki Wojennej, jako jedną budowę. Innymi słowy nie jest tak, jak próbuje zasugerować odwołujący, iż przystępujący dla potrzeb bieżącego postępowania dokonuje zsumowania wartości kilku robót budowlanych, aby osiągnąć określony pułap i zaspokoić obecne potrzeby – przystępujący, bowiem konsekwentnie we wszystkich postępowaniach, w których opiera się na doświadczeniu p. K.M., przedstawia omawianą inwestycję, jako jedną wieloletnią budowę. Taka kwalifikacja najpełniej odzwierciedla, bowiem stan faktyczny dotyczący tej realizacji, będąc zresztą pozytywnie weryfikowaną przez zamawiających (tak też było w przypadku postępowania, na które powołuje się odwołujący, gdzie oferta przystępującego z analogicznym jak w niniejszym przypadku opisem doświadczenia p. K.M. uznana została za ofertę najkorzystniejszą). (Dowód 4. Wyciąg z ofert, Specyfikacji oraz wyników postępowania pn. Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego).

Niezależnie od powyższego, zakładając przychylenie się do stanowiska odwołującego, iż za jedną robotę budowlaną uznać należy „jeden obiekt budowlany” (z którym to przystępujący konsekwentnie i jednoznacznie się nie zgadza), to i tak w świetle treści wykazu osób złożonego przez przystępującego nie może być w przedmiotowej sytuacji mowy o jakimkolwiek wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Przystępujący wskazał bowiem, na konkretne elementy, które wchodziły w skład zadania prezentowanego w wykazie pod pozycją nr 1, jednoznacznie dając wyraz temu tak w nazwie samego zadania, jak i jego opisie, iż w skład zadania wchodziło kilka obiektów. Innymi słowy, zamawiający dysponował bezpośrednio od przystępującego informacją, iż w skład omawianego zadania wchodziło kilka obiektów hydrotechnicznych:

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, wskazać więc należy, iż w odniesieniu do doświadczenia p. K.M., opisanego pod pozycją nr 1 wykazu, w oświadczeniach przystępującego nie znalazły się informacje wprowadzające w błąd

zamawiającego co do zakresu przedstawianej realizacji, a wykonawca był uprawniony – tak w świetle postanowień s.i.w.z. jak i okoliczności faktycznych dotyczących tej inwestycji – do zakwalifikowania jej jako jednej roboty budowlanej. Łączna wartość tej roboty budowlanej, co wynika chociażby z oświadczenia p. E.B., przekraczała wartość 100 mln złotych, a spełnianie wymogu, co do wartości tej inwestycji (w sposób rozumiany przez odwołującego – jako minimum 60 mln złotych brutto każda) wynika już z samej argumentacji podawanej przez samego odwołującego w treści uzasadnienia odwołania (gdzie zsumowanie kwot dotyczących niezasadnie wyodrębnionych obiektów wynosi 78,3 mln złotych). Przystępujący zaznacza przy tym, że kwota 78,3 mln złotych stanowi kwotę ustaloną dla tej inwestycji w okresie pełnienia przez p. E.B. funkcji kierownika budowy, która finalnie przybrała jednak większą wartość, co ostatecznie rozstrzyga oświadczenie złożone przez samego p. E.B.

Co do okresu pełnienia funkcji kierownika budowy odwołujący stawia przystępującemu zarzuty wprowadzenia zamawiającego w błąd z uwagi na fakt, że w okresie 1976 – 1979 funkcję kierownika budowy dla tej Inwestycji sprawował p. E.B. Odnosząc się do tak postawionego zarzutu, przystępujący – odwołując się do przytoczonych powyżej dowodów (vide: dowód nr 1 – oświadczenie p. E.B. oraz dowód nr 3 – angaż p. K.M. na stanowisko kierownika budowy dla tej inwestycji; dowód nr 4 – oświadczenie p. K.M.) wyjaśnia, iż:

- p. K.M. został powołany do pełnienia funkcji kierownika budowy od maja 1974 roku,
- w maju 1976 roku, p. K.M. przekazał pełnienie funkcji kierownika budowy p. E.B.,
- w listopadzie 1979 roku p. E. B. zwrótnie przekazał obowiązki kierownika budowy p. K.M.,
- od listopada 1979 roku do końca roku 1987 funkcję kierownika budowy nieprzerwanie pełnił p. K.M.

Innymi słowy, z powyższego wynika, iż p. E.B. funkcję kierownika budowy na omawianej inwestycji pełnił wyłącznie w krótkich, jednostkowych okresach czasu, wskazana zaś przez przystępującego w treści wykazu data rozpoczęcia pełnienia funkcji kierownika budowy przez p. K.M. (rok 1974), jak również data zakończenia pełnienia tej funkcji (rok 1987) odpowiada rzeczywistości i jest zgodna ze stanem faktycznym sprawy. Nie ulega przy tym najmniejszej wątpliwości, że okres zaangażowania p. K.M. w realizację przedmiotowej roboty przekroczył wymagany treścią warunku udziału w postępowaniu okres 18 miesięcy.

Odwołujący stawiając zarzuty w tym zakresie w ogóle abstrahuje od tego, iż wymogiem zamawiającego było wykazanie się 18 miesięcznym doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy, stąd jednostkowy czas, w którym funkcja ta była pełniona przez p. E.B., nie oznacza, iż wymóg ten nie został spełniony przez p. K.M., co miałyby prowadzić do konstatacji, iż niespełniony został warunek udziału w postępowaniu, a przystępujący podał w wykazie informacje wprowadzające w błąd.

W ramach pozycji nr 2 wykazu osób w odniesieniu do p. K.M., przystępujący wskazał inwestycję pn. Wykonanie i modernizacja falochronu Północnego w porcie Władysławowo, wskazując, iż zadanie obejmowało wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, tj. budowę nowego falochronu półwyspowego o konstrukcji żelbetowej o długości 596 m i obrzutu kamiennego przy użyciu kamienia łamanego oraz gwiazdobloków do 5 ton, posadowionych na rzędnej większej niż -5,00 m. Odwołujący stawia w tym kontekście zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd poprzez nieprawidłowe określenie konstrukcji falochronu, która zdaniem odwołującego była konstrukcją narzutową.

Przystępujący wyjaśnił, iż falochron, będący przedmiotem tej inwestycji charakteryzował się tym, iż stanowił jedną budowlę hydrotechniczną wraz z równolegle budowanymi nabrzeżami od strony portu. Zastosowane rozwiązanie oznacza, iż wykonane zostały elementy konstrukcji żelbetowej (tożsamej do przewidzianej do zastosowania w ramach przedmiotowej realizacji), a wykonany falochron od strony portu pełnił jednocześnie funkcję nabrzeża – przystosowanego do postoju i obsługi jednostek pływających. Co za tym idzie, wskazana realizacja wypełnia w pełni wymagania zamawiającego, zdefiniowane zarówno w pkt 1.3.1. a) pkt (i) jak i (ii) s.i.w.z., pozwalając na ocenę, iż p. K.M. posiada wiedzę i doświadczenie relewantne dla realizacji przedmiotowej inwestycji.

Prawidłowość powyższych twierdzeń przystępującego potwierdzają tak treść dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotowej realizacji, jak również oświadczenie generalnego projektanta tej inwestycji i innych osób bezpośrednio zaangażowanych w tę realizację, które wskazują, że falochron ten realizowany był jako konstrukcja o rdzeniu narzutowym z nadbudową żelbetową i z zabezpieczeniem od strony morza obrzutem z bloków kamiennych i gwiazdobloków, a od strony portu równolegle budowanymi nabrzeżami. (dowody: nr 5. oświadczenie p. W.M-O. – głównego projektanta inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, nr 6. oświadczenie mgr inż. M.W. – inżyniera budowy na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, nr 7. wystąpienie Budimeksu do projektanta i odpowiedź udzielona przez mgr inż. P.C. – projektanta na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, nr 8. wyciąg z dokumentacji projektowej inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo).

Jak wynika z powyżej przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień oraz powoływanych w tym kontekście dowodów, w zakres prac wchodzących w skład omawianej realizacji wchodziły elementy analogiczne jak te, które wykonywane będą na przedmiotowej inwestycji. Innymi słowy, powyższe tym bardziej potwierdza zasadność pozytywnej weryfikacji doświadczenia p. K.M., zdobytego na tej inwestycji.

Przystępujący Budimex wskazał, iż zgodnie z „rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie.” Dz.U. 1998 nr 101 poz. 645, §135 pkt. 4 zdefiniowano falochrony narzutowe następująco: „Falochrony narzutowe wykonane są z kamienia albo prefabrykowanych bloków betonowych”. Nie do podważenia jest więc, iż Falochron Północny we Władysławowie nie jest falochronem narzutowym, gdyż wykracza poza określoną w przepisach definicję i tym samym nie można stawiać zarzutu, iż jest on niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. Falochron ten należy zgodnie z rozporządzeniem klasyfikować, jako mieszany zgodnie z §135 pkt. 6 „Falochrony mieszane składają się z części dolnej, stanowiącej podwodny falochron narzutowy, oraz z części górnej, stanowiącej dowolną konstrukcję masywną o ścianach stromych.”.

Niezależnie od powyższego w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie może być mowy o kwalifikacji oświadczeń złożonych przez przystępującego, jako wprowadzających zamawiającego w błąd. Przystępujący w treści wykazu osób precyzyjnie wskazał, bowiem na technologię wykonania omawianego falochronu. Przystępujący dokładnie więc przytoczył charakterystykę tej realizacji – wskazując, że występowała w niej zarówno konstrukcja żelbetowa, jak i obrzut kamienny przy użyciu kamienia łamanego oraz gwiazdobloków – podając więc charakterystykę dokładnie odzwierciedlającą tą realizację (co unaocznione jest tak na dokumentacji zdjęciowej, jak i znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji projektowej i oświadczeniu projektanta i osób realizujących tę inwestycję). Co za tym idzie, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia stawianie przystępującemu zarzutów wprowadzenia zamawiającego w błąd, które to zarzuty w ogóle abstrahują od treści i kształtu oświadczeń złożonych bezpośrednio w treści wykazu osób. Co więcej, w okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący zdaje się też nie dostrzegać, że falochron północny w porcie Władysławowo pozostaje obecnie we władaniu zamawiającego, tj. Urzędu Morskiego w Gdyni, który przejął ten obiekt od spółki PPIUR „Szkuner” we Władysławowie. Uwzględniając powyższe przystępujący wskazuje, że zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, jakie rozwiązanie konstrukcyjne zostało przyjęte w ramach falochronu północnego we Władysławowie, mając wiedzę tak na temat szczegółów technicznych dotyczących tego obiektu, jak i jego kształtu i pełnionej przez ten obiekt funkcji (w tym pełnionej przez ten falochron funkcji nabrzeża od strony portu). W konsekwencji zamawiający ma wiedzę dotyczącą tego, iż wskazywany przez przystępującego obiekt hydrotechniczny wypełnia jego wymagania zdefiniowane w treści s.i.w.z., a oświadczenia złożone przez przystępującego w wykazie osób w tym zakresie były oświadczeniami znajdującymi odzwierciedlenie w rzeczywistości. Co więcej, fakt dysponowania przez zamawiającego tym obiektem oznacza, iż okoliczności związane z jego charakterystyką dotyczą faktów zamawiającemu znanych, które w konsekwencji, co do samej już zasady wyłączają możliwość kwalifikacji

działania przystępującego, jako wypełniających dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp.

Przystępujący Budimex (w odniesieniu do odwołującego PORR), podtrzymując argumentację w zakresie interpretacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika budowy, jak przy odwołaniu NDI wskazał, iż w ramach inwestycji dotyczących doświadczenia p. K.M. opisanej pod pozycją nr 1 wykazu osób, opisując rzeczzone zadanie, podał, iż „zadanie obejmowało wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, tj. polegało na budowie nabrzeży i pirsów o głębokości technicznej większej niż – 5,0 m”. Bazując na opisie przedmiotowego zadania, odwołujący wyprowadza zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd, co odwołujący uzasadnia w taki sposób, iż jego zdaniem nabrzeża i pirsy, odrębnie definiowane w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej, stanowią w konsekwencji pojęcia rozłączne, a istotna z perspektywy weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu winna być wyodrębniona wartość samych nabrzeży. Z takim zarzutem nie sposób się zgodzić z kilku względów.

Stanowisko odwołującego jest nieprawidłowe. Skoro w przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącym kierownika budowy, zamawiający wskazał w treści s.i.w.z. na określony rząd wielkości „wartości robót”, nie zaś jak w przypadku innych warunków udziału w postępowaniu na „wartość robót hydrotechnicznych”, oznacza to, iż wymaganie zawarte w treści s.i.w.z. odnosiło się do całkowitej wartości referencyjnych robót budowlanych, a więc całego zadania inwestycyjnego. Co za tym idzie, wyodrębnianie pewnych obiektów hydrotechnicznych realizowanych w ramach danego zadania i kierowanie się wartością przypisaną tylko do nich, co do samej zasady jest nieprawidłowe. Bez względu więc na kwalifikację pirsów wykonanych w ramach przedmiotowej inwestycji (która jest kwalifikacją błędną w uzasadnieniu prezentowanym przez odwołującego) ich wartość, jako wartość składająca się na wartość całej inwestycji (całej kompleksowej roboty budowlanej) i tak winna być brana pod uwagę przy ocenie parametru dotyczącego wartości doświadczenia, którym legitymuje się kierownik budowy. Przede wszystkim jednak, nieprawidłowe jest stanowisko odwołującego, który traktuje pirs, jako inną niż nabrzeże morską budowlę hydrotechniczną – a więc wprowadza generalną zasadę, w myśl, której określone obiekty hydrotechniczne definiowane muszą być w sposób rozłączny i mieszczą się albo w zakresie pojęciowym „pirsu” albo w zakresie pojęciowym „nabrzeża”. Istotnie rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej wprowadza definicję zarówno pirsu, jak i nabrzeża, niemniej w żadnym miejscu tego dokumentu nie jest wskazane, iż zbiory te są zbiorami rozłącznymi. Ustawodawca definiuje bowiem poszczególne obiekty hydrotechniczne poprzez sposób ich usytuowania i pełnioną funkcję. Pirs stanowi wysunięty od linii brzegu podłużny obszar, który pełnić może różne funkcje, mogąc być zabudowanym placami, drogami, magazynami, jak również obudowany nabrzeżami z jednej, dwóch lub trzech stron.

Zazwyczaj pirs posiada nabrzeże po jednej lub dwóch stronach (i tak też jest w przypadku pirsów składających się na Inwestycję 1). Powyższe w sposób przystępny wyjaśnione zostało przykładowo w internetowej encyklopedii naukowej, gdzie szeroko opisano funkcję pirsu, jako budowli hydrotechnicznej, wskazując jednocześnie, iż „brzeg pirsu, do którego może przybić jednostka pływająca, to nabrzeże” (dowód: nr 1: wyciąg ze strony [http://encyklopedia.naukowy.pl/Pirs_\(budowla\)](http://encyklopedia.naukowy.pl/Pirs_(budowla))).

Innymi słowy, powyższe obrazuje, iż definicje nabrzeża i pirsu nie są definicjami rozłącznymi i wzajemnie się krzyżują, a ilekroć pirs pełni funkcję nabrzeża (umożliwia postój i przeladunek jednostek pływających) to równolegle kwalifikowany jest wówczas w taki sposób, a więc równolegle jest on nabrzeżem. Tak jak zostało wskazane powyżej w ramach omawianej Inwestycji 1 pirsy pełniły równolegle funkcje umożliwiające przybicie jednostek pływających do brzegu, będąc więc równocześnie nabrzeżem. Prawdliwość takiej konstatacji wynika już z samej dokumentacji zdjęciowej dotyczącej tego obiektu, na której dokładnie widać możliwość przybicia jednostki pływającej do pirsu, świadcząc o tym, że pirsy stanowiły nabrzeża (dowód nr 2. zdjęcia obrazujące pirsy zrealizowane w ramach inwestycji Stoczni Marynarki Wojennej). Fakt pełnienia przez pirsy będące przedmiotem omawianej inwestycji równoległej funkcji nabrzeża potwierdza też nomenklatura używana w odniesieniu do tych obiektów tak w obrocie, jak i dokumentach formalnych. Przykładowo Pirs III definiowany jest wymiennie „Molo III” bądź „Nabrzeże Gościnne”, co potwierdzają chociażby komunikaty aktualnego zarządcy tego obiektu – Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A., który pojęcie „Pirsu III” identyfikuje i stosuje wymiennie z pojęciem „Nabrzeże Gościnne” (dowód nr 3. wyciąg ze strony <https://www.port.gdynia.pl/pl/wydarzenia/aktualnosci/1319nabrzeze-goscinne-w-rekach-zarzadu-morskiego-portu-gdynia-s-a>, dowód nr 4. wyciąg ze strony <https://www.port.gdynia.pl/pl/inwestycje-i-projekty/informacje-oinwestycjach/596-kolejny-etap-prac-nad-obrotnica-nr-2-w-portcie-gdynia>).

Powyższe potwierdzone zostało również chociażby w zarządzeniu nr 9 Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, gdzie w §124 pkt 4) w ramach określania obiektów hydrotechnicznych wchodzących w skład Stoczni Marynarki Wojennej, do których to zarządzenie referuje, wskazano obok nabrzeża południowego również nabrzeże Gościnne (które jednocześnie jest pirssem przez odwołującego dyskwalifikowanym).

Niezależnie od powyższego, trudno zidentyfikować w omawianym zakresie jakiegokolwiek informacje, które miałyby wprowadzać zamawiającego w błąd. Zamawiający w ramach wykazu osób otrzymał bowiem ze strony przystępującego pełne informacje co do nazwy i zakresu zadania stanowiącego przedmiot Inwestycji 1, które wskazywały, że zadanie polegało na „budowie nabrzeży i pirsów”. Z tym też zakresem powiązana była przedstawiana wartość. Stąd też, należy uznać, że przystępujący przekazał pełne dane, co do zakresu przedmiotowej inwestycji, które pozwalały na ocenę ze strony zamawiającego. Oświadczenie

przystępującego w tym zakresie było więc jasne i szczegółowe, transparentnie obrazowało zakres prac wykonanych w ramach tej roboty budowlanej. Potwierdza to zresztą sam odwołujący w uzasadnieniu wniesionego odwołania, który w pkt 21 wskazując, że „jak wynika bowiem z opisu tego zadania (...)” daje wyraz temu, że poddaje jedynie analizie oświadczenie przystępującego, które znalazło się w treści wykazu, nie podnosząc jednak nieprawdziwości któregośkolwiek ze stwierdzenia, które się w nim znalazło (odwołujący nie neguje bowiem, że inwestycja w kształcie i zakresie przedstawionym w wykazie osób posiadała sumaryczną wartość przypisaną jej w treści wykazu).

W ramach pozycji nr 2 wykazu osób w odniesieniu do p. K.M., przystępujący wskazał inwestycję pn. Wykonanie i modernizacja falochronu Północnego w porcie Władysławowo, wskazując, iż zadanie obejmowało wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, tj. budowę nowego falochronu półwyspowego o konstrukcji żelbetowej o długości 596 m i obrzutu kamiennego przy użyciu kamienia łamanego oraz gwiazdobloków do 5 ton, posadowionych na rzędnej większej niż -5,00 m. Jako wartość tego zadania przystępujący wskazał wartość 100 mln zł brutto. Odwołujący stawia w tym kontekście zarzuty wprowadzenia zamawiającego w błąd polegające jego zdaniem na:

- nieprawidłowej informacji, co do wartości Inwestycji,
- nieprawidłowej informacji, co do konstrukcji falochronu będącego przedmiotem tej Inwestycji,
- nieprawidłowej informacji, co do głębokości posadowienia falochronu, która zdaniem odwołującego nie sięga – 5m.

Odnosząc się kolejno do tak przedstawionych zarzutów, przystępujący wskazuje, co następuje.

Wartość inwestycji. Odwołujący kwestionując wartość przedmiotowej Inwestycji powołuje się na ustawy budżetowe z lat 1993 – 1996, wskazując, że Inwestycja nr 2 została ujęta w wykazie inwestycji centralnych łącznie z Inwestycją nr 3, a ich wartość nie przekroczyła nawet łącznie 60 mln złotych brutto. W konsekwencji, odwołujący wskazuje, że żadna z tych inwestycji nie osiągnęła pułapu 60 mln złotych brutto, wymaganego dla każdej z Inwestycji, mających być przedmiotem doświadczenia kierownika budowy, a przystępujący nie wykazał tym samym spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do tak zarysowanego zakresu sporu, przystępujący wskazuje w pierwszej kolejności, że zamawiający (z uwagi na brak doprecyzowania, iż chodzi o wartość „każdej” inwestycji) nie wymagał, aby każda z Inwestycji będących przedmiotem doświadczenia kierownika budowy prezentowała samodzielnie wartość 60 mln złotych brutto. Wymóg dotyczący doświadczenia kierownika budowy skonstruowany był w taki sposób, iż wymagane było legitymowanie się dwiema inwestycjami o określonych parametrach o wartości 60 mln złotych brutto – co wskazywało, iż dopuszczalnym było rozpatrywanie

parametru wartości przez pryzmat łącznej wartości dwóch zadań, będących przedmiotem doświadczenia kierownika budowy. Co za tym idzie, analiza dokonywana przez odwołującego i poddawanie odrębnej weryfikacji, co do spełniania prognozy wartości 60 mln złotych każdej z inwestycji będących przedmiotem doświadczenia p. K.M., która w konsekwencji ma prowadzić do stwierdzenia, że nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie jest, co do samej zasady niewłaściwa. Wystarczającym byłoby bowiem aby dwie inwestycje o parametrach określonych w treści s.i.w.z. łącznie spełniały wymóg wartości 60 mln złotych. Powyższe niewątpliwie zostało z kolei zachowane w przypadku prezentowanego w treści wykazu doświadczenia p. K.M., co, do którego już sama Inwestycja nr 1 posiada wymaganą przez zamawiającego wartość, charakteryzując się jednocześnie wymaganymi parametrami.

Uwzględniając powyższe, oraz stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane przykładowo w wyroku z dnia 23 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 456/18), w którym wskazano, iż wspólną przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) jest wprowadzenie zamawiającego w błąd (...). Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania.

Abstrahując od powyższego, przystępujący podnosi jednocześnie, iż twierdzenia odwołującego jakoby Inwestycja nr 2 nie charakteryzowała się wartością 60 mln złotych brutto nie polegają na prawdzie i nie zostały przez odwołującego w żaden sposób wykazane, pomimo iż aktualna pozostaje ogólna reguła dowodzenia, iż ciężar udowodnienia określonej okoliczności ciąży na podmiocie, który wywodzi z niej określone skutki prawne – w tym przypadku więc na odwołującym. Za wiarygodne dowody w sprawie, dyskwalifikujące wartość Inwestycji nr 2 nie można bowiem uznać ustaw budżetowych z lat 1993 – 1996, gdyż nie przedstawiają one końcowej wartości inwestycji ani nawet końcowej wartości jej dofinansowania ze środków budżetu państwa. Cechą ustawy budżetowej jest bowiem planowanie rozdziału kosztów finansowanych ze środków budżetu państwa, nie stanowiąc natomiast dokumentu przesądzającego o danych wartościach, które w trakcie wykonywania planu budżetowego ulegają zmianie. Jak wynika bowiem chociażby z analizy wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej w 1996 r. (Tom I), a więc z ostatniego roku, w odniesieniu do którego odnosi się odwołujący z powołaniem na ustawy budżetowe, Minister Finansów dokonał zwiększenia wydatków budżetowych na dofinansowanie zadań realizowanych w ramach inwestycji centralnych o niebagatelną kwotę prawie 160.000 tys. zł (a więc kwotę blisko 160.000.000, 00 zł) (dowód nr 6. wyciąg z analizy wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej w 1996 roku).

Powyższe obrazuje, że upubliczniane w ustawach budżetowych informacje stanowią jedynie pewne założenia, które są weryfikowane w trakcie trwania roku budżetowego i dopuszczalnym i wprost uregulowanym w przepisach jest możliwość przesunięć środków budżetowych, co w konsekwencji dyskwalifikuje, jako miarodajny dowód w sprawie powoływanie się na ustawy budżetowe przedstawione przez odwołującego.

Całe dowodzenie odwołującego w zakresie wartości tej inwestycji jest też niespójne o tyle, że z jednej strony odwołujący zdaje się wskazywać na zasadę bezwzględnego nominalizmu (nie dokonuje bowiem „przełożenia” wartości wynikających z ustaw budżetowych na obecną „wartość pieniądza”), z drugiej jednak sam dokonuje pewnego skorygowania kwot wynikających z ustaw budżetowych, opierając się chociażby na konieczności denominacji. Gdyby przyjąć bezwzględny nominalizm, który zdaje się forsować odwołujący to wówczas z samych ustaw budżetowych przedkładanych przez odwołującego wynikałoby, że inwestycja ta opiewała na nominalną kwotę 398.465.000.000,00 PLN. Skoro zaś Odwołujący sam dostrzega konieczność poddania tej kwoty denominacji to analogicznie winna podlegać ona korekcie ze względu na pozostałe wskaźniki ekonomiczne wpływające na realną „wartość” tej kwoty. Bazując na załączonej opinii niezależnych ekspertów, projekt o szacunkowej wartości 100.000.000 zł w roku 2020, uwzględniając zmianę siły nabywczej pieniądza, inflację oraz indeks cen produkcji przemysłowej, w roku 1996 miałyby wartość odpowiednio: 30,48 mln zł, 42,63 mln zł oraz 48,12 mln zł, co daje średnią wartość 40,41 mln zł. Powyższe powoduje z kolei, że już sama kwota wskazywana przez odwołującego, jako finalna kwota inwestycji, tj. kwota 41,86 mln złotych wyrażona w roku 1996, przekłada się na wartość wyższą niż 100 mln zł w roku 2020 (dowód nr 7. ekspertyza dot.: oszacowania wartości robót budowlanych wykonywanych na przestrzeni lat 1987-1997).

Należy przy tym zwrócić uwagę, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych operują pojęciem „wartości”, nie zaś „wartości nominalnej”, takim też pojęciem w ramach s.i.w.z. w przedmiotowym postępowaniu operował zamawiający, co jest o tyle uzasadnione, iż w przypadku oceny doświadczenia personelu, nie ograniczonego cezurą czasową, wartość nominalna nie jest reprezentatywnym wskaźnikiem określającym realne koszty i skalę danej realizacji. Ten brak reprezentatywności operowania „wartością nominalną” unaoczniony jest zwłaszcza w przypadku zadań realizowanych w czasie transformacji ustrojowej i budowania gospodarki wolnorynkowej, które (co jest wiedzą powszechną) miały znaczący wpływ na zmianę ekonomicznej wartości pieniądza. Zatem, zwłaszcza w przypadku kontraktów realizowanych kilkadziesiąt lat temu (tak jak w przypadku niniejszej inwestycji) nastąpiła znacząca różnica między wartością nominalną kontraktu, a jego wartością realną (ekonomiczną). Podkreślenia wymaga, że zmiana siły nabywczej pieniądza w czasie to współczynnik brany pod uwagę w praktyce obrotu, na bazie którego sądy powszechne – dążąc do wyrównania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego dokonują

waloryzacji świadczeń na podstawie art. 358(1) k.c., wskazując, że „oceny siły nabywczej pieniądza należy dokonywać z uwzględnieniem sytuacji na rynku określonych dóbr materialnych, które zawsze przedstawiają określoną wartość realną. Nie zawsze ta wartość realna pokrywa się z wartością znaku pieniężnego, który wyemitowany został, żeby być nośnikiem, bo różne procesy ekonomiczne wywołać mogą w tym zakresie rozmaite różnice. Pewnym jest natomiast, że strony umowy opiewającej na zobowiązanie pieniężne mają określone wyobrażenia o sile nabywczej sumy będącej przedmiotem zobowiązania oraz że w razie zachwiania się relacji pomiędzy rzeczywistą i wartością pieniądza a jego wartością nominalną, to wyobrażenie stanowić musi punkt wyjścia dla rozważań nad przywróceniem równowagi pomiędzy ilością wchodzących w rachubę nominalów pieniężnych a tym, co w danym momencie rzeczywiście można za nie nabyć (I CSK 586/14 - wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 17-062015). W związku z tym, korzystając w drodze analogii z dorobku orzeczniczego sądów cywilnych, uwzględniając, że celem formułowania warunków udziału w postępowaniu jest nie tyle uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej zdolności wykonawcy do realizacji danej umowy (w tym przypadku o kompetencjach osoby kierownika budowy i możliwości ich przełożenia na przedmiotową inwestycję), ta zmiana siły nabywczej pieniądza (nawet przy założeniu kwot wskazywanych przez odwołującego) winna być wzięta pod uwagę. To z kolei prowadzić musiałoby samego odwołującego (w oparciu o dane, które przywołuje), do konstatacji, że Inwestycja nr 2 niewątpliwie wpisuje się w skalę i charakterystykę doświadczenia wymaganego przez zamawiającego. Omawiana inwestycja była jedną z największych inwestycji hydrotechnicznych pod względem charakterystyki parametrów technicznych portu realizowanych kiedykolwiek w Polsce, a jej dyskwalifikacja w oparciu jedynie o poszlakowy dowód z ustawy budżetowej i nominalne kwoty z niej wynikające nie znajdowałyby jakiegokolwiek uzasadnienia, będąc nadto niezgodne z zasadą proporcjonalności.

Wartość i skalę omawianej Inwestycji jako inwestycji w pełni wypełniającej wymagania zamawiającego potwierdzają też oświadczenia składane przez osoby bezpośrednio zaangażowane w realizację tej inwestycji, które to zgodnie wskazują, że z uwagi na swoją skalę, charakterystykę i wieloletnią realizację, Inwestycja ta była realizacją znacznie przekraczającą wręcz wartość 100 mln zł brutto. Warto w tym kontekście zaznaczyć, iż oświadczenia, na które wskazuje przystępujący, składane są przez osoby specjalizujące się w inwestycjach hydrotechnicznych, posiadające wieloletnie doświadczenie, które pozwala na bazie znajomości rynku obiektywne oszacowanie i porównanie tej inwestycji do innych inwestycji realizowanych w zakresie hydrotechniki na terenie Polski (dowód nr 8. wystąpienie Budimeksu do projektanta i odpowiedź udzielona przez mgr. inż. P.C. – projektanta na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie

Władysławowo, dowód nr 9: oświadczenie mgr. inż. M.W. – inżyniera budowy na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo).

Nie jest też prawdą, że przystępujący, jak zdaje się sugerować odwołujący nie przedstawiając jednak jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie, nie zweryfikował danych podawanych w ofercie w zakresie wartości Inwestycji nr 2, niezasadnie ją zawyżając. Przystępujący, prawidłowość kwoty określonej w życiorysie p. K.M., analizował i weryfikował chociażby poprzez odniesienie i porównanie do zakresu zbliżonych inwestycji realizowanych w ostatnich latach w Polsce, które to bezsprzecznie pozwalały przyjąć, że wartość 100 mln zł dla Inwestycji nr 2 oddaje skalę i złożoność tej Inwestycji, będąc wartością rynkową i wiarygodną (dowód nr 7. ekspertyza dot.: oszacowania wartości robót budowlanych wykonywanych na przestrzeni lat 1987-1997). Nie można też w końcu pominąć, że jak wskazał sam odwołujący w pkt 18 uzasadnienia swojego odwołania od 2000 roku zarządcą tegoż obiektu jest zamawiający. Jako, że zamawiający przejął ten obiekt kilka lat po zakończeniu jego budowy, jeszcze w okresie gwarancyjnym, ma on świadomość, co do skali i wartości tej inwestycji, słusznie więc uznając, że wartość ta została określona w sposób prawidłowy przez przystępującego, pozwalając na pozytywną weryfikację spełniania warunku udziału w postępowaniu przez p. K.M.

Konstrukcja falochronu – przystępujący przedstawił argumentację, jak przy odwołaniu NDI. Dodatkowo, przystępujący wyjaśnił, iż falochron, będący przedmiotem tej inwestycji charakteryzował się tym, iż stanowił jedną budowlę hydrotechniczną wraz z równolegle budowanymi nabrzeżami od strony portu. Zastosowane rozwiązanie oznacza, iż wykonane zostały elementy konstrukcji żelbetowej (tożsamej do przewidzianej do zastosowania w ramach przedmiotowej realizacji), a wykonany falochron od strony portu pełnił jednocześnie funkcję nabrzeża – przystosowanego do postoju i obsługi jednostek pływających. Co za tym idzie, wskazana realizacja wypełnia w pełni wymagania zamawiającego, zdefiniowane zarówno w pkt 1.3.1. a) pkt (i) jak i (ii) s.i.w.z., pozwalając na ocenę, iż p. K.M. posiada wiedzę i doświadczenie relewantne dla realizacji przedmiotowej inwestycji.

Prawidłowość powyższych twierdzeń przystępującego potwierdzają tak treść dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotowej realizacji, jak również oświadczenie generalnego projektanta tej inwestycji i innych osób bezpośrednio zaangażowanych w tę realizację, które wskazują, że falochron ten realizowany był, jako konstrukcja o rdzeniu narzutowym z nadbudową żelbetową i z zabezpieczeniem od strony morza obrzutem z bloków kamiennych i gwiazdobloków, a od stronu portu równolegle budowanymi nabrzeżami.

Przystępujący wskazał, iż odwołujący dodatkowo powołał się na ustawy budżetowe z lat 1993-1996 i załączone do tych ustaw wykazy inwestycji centralnych, wśród których znajduje

się „Modernizacja i rozbudowa portu we Władysławowie”. Odnosząc się tego argumentu trzeba zaznaczyć, że odwołujący całkowicie pomija zakres zadania, który został określony w tych ustawach, co zostało opisane w kolumnie 5 (ustawa budżetowa z 1993 r.) i w kol 6 (ustawy budżetowe z lat 1994-1996 r.) pn. „nazwa wyrobu, jednostka miary, wielkość”. I tak, w ustawie z 1993 r. są to nabrzeża i falochrony 1.335 metrów, a w ustawach budżetowych od 1994 r. nabrzeża i falochrony 1.251 m oraz pirsy remontowe 150 m).

Powyższa okoliczność dodatkowo potwierdza o wiele szerszy zakres zadania niż tylko wykonanie falochronu Północnego we Władysławowie. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, w §135 pkt. 4 zdefiniowano falochrony narzutowe następująco: „Falochrony narzutowe wykonane są z kamienia albo prefabrykowanych bloków betonowych”. Nie do podważenia jest, iż Falochron Północny we Władysławowie nie jest falochronem narzutowym, gdyż wykracza poza określoną w przepisach definicję i tym samym nie można stawiać zarzutu, iż jest on niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. Falochron ten należy zgodnie z rozporządzeniem klasyfikować, jako mieszany zgodnie z §135 pkt. 6 „Falochrony mieszane składają się z części dolnej, stanowiącej podwodny falochron narzutowy, oraz z części górnej, stanowiącej dowolną konstrukcję masywną o ścianach stromych.” (dowód nr 10. oświadczenie p. W.M-O. – głównego projektanta inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, dowód nr 9. oświadczenie mgr inż. M.W. – inżyniera budowy na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, dowód nr 8. wystąpienie Budimeksu do projektanta i odpowiedź udzielona przez mgr inż. P.C. – projektanta na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, dowód nr 11. wyciąg z dokumentacji projektowej inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo).

Jak wynika z powyżej przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień oraz powoływanych w tym kontekście dowodów, w zakres prac wchodzących w skład omawianej realizacji wchodziły elementy analogiczne jak te, które wykonywane będą na przedmiotowej inwestycji. Innymi słowy, powyższe tym bardziej potwierdza zasadność pozytywnej weryfikacji doświadczenia p. K.M., zdobytego na tej inwestycji. Fakt, iż w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z falochronem o konstrukcji narzutowej unaocznione jest chociażby na zdjęciach obrazujących tę budowlę hydrotechniczną, zwłaszcza w ich zestawieniu z falochronami wykonanymi właśnie w wyłączanej przez zamawiającego konstrukcji narzutowej. Z prezentowanej dokumentacji fotograficznej wynika też, że falochron północny umożliwiając postój i obsługę jednostek pływających jest nabrzeżem, a więc obiektem wprost uznanym w pkt 1.3.1.a) ppkt (i) s.i.w.z. za obiekt świadczący o wymaganych

od kierownika budowy kompetencjach (dowód nr 12. dokumentacja fotograficzna obrazująca porównanie falochronu we Władysławowie z falochronami wykonanymi w konstrukcji narzutowej).

Przystępujący podniósł, iż dokładnie przytoczył charakterystykę tej realizacji – wskazując, że występowała w niej zarówno konstrukcja żelbetowa, jak i obrzut kamienny przy użyciu kamienia łamanego oraz gwiazdobloków – podając więc charakterystykę dokładnie odzwierciedlającą tą realizację (co unaocznione jest tak na dokumentacji zdjęciowej, jak i znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji projektowej i oświadczeniu projektanta i osób realizujących tę inwestycję). Co za tym idzie, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia stawianie przystępującemu zarzutów wprowadzenia zamawiającego w błąd, które to zarzuty w ogóle abstrahują od treści i kształtu oświadczeń złożonych bezpośrednio w treści wykazu osób. Co więcej, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, na co wskazuje sam odwołujący, falochron północny w porcie Władysławowo pozostaje obecnie we władaniu zamawiającego, tj. Urzędu Morskiego w Gdyni, który przejął ten obiekt od spółki PPIUR „Szkuner” we Władysławowie. Uwzględniając powyższe przystępujący wskazał, że zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, jakie rozwiązanie konstrukcyjne zostało przyjęte w ramach falochronu północnego we Władysławowie, mając wiedzę tak na temat szczegółów technicznych dotyczących tego obiektu, jak i jego kształtu i pełnionej przez ten obiekt funkcji (w tym pełnionej przez ten falochron funkcji nabrzeża od strony portu). W konsekwencji zamawiający ma wiedzę dotyczącą tego, iż wskazywany przez przystępującego obiekt hydrotechniczny wypełnia jego wymagania zdefiniowane w treści s.i.w.z., a oświadczenia złożone przez przystępującego w wykazie osób w tym zakresie były oświadczeniami znajdującymi odzwierciedlenie w rzeczywistości. Co więcej, fakt dysponowania przez zamawiającego tym obiektem oznacza, iż okoliczności związane z jego charakterystyką dotyczą faktów zamawiającemu znanych, które w konsekwencji, co do samej już zasady wyłączają możliwość kwalifikacji działań przystępującego, jako wypełniających dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp.

Głębokość posadowienia. Przystępujący podniósł, iż odwołujący zarzucił przystępującemu nieprawidłowość wskazania dotyczącego głębokości posadowienia omawianego falochronu, wskazując, że posadowienie to nie sięga -5 m. Niejasnym pozostaje, z czego odwołujący wyprowadza taki wniosek, o tyle, że całe uzasadnienie zarzutu w tym zakresie zamyka się w „jednozdaniowym” stwierdzeniu zaprezentowanym w pkt 19 uzasadnienia odwołania. Niezależnie jednak od tego, przystępujący wskazuje, iż nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, że w ramach inwestycji „Falochron północny we Władysławowie” wykonano żelbetową głowicę o głębokości technicznej -6,0 m oraz nabrzeża o głębokości technicznej -5,0 m, co jednoznacznie obrazują i potwierdzają powoływane powyżej dowody w postaci wyciągu z dokumentacji projektowej oraz oświadczeń projektantów tej inwestycji i osób bezpośrednio

zaangażowanych w jej realizację (dowód nr 10. oświadczenie p. W.M-O. – głównego projektanta inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, dowód nr 9. oświadczenie mgr inż. M.W. – inżyniera budowy na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, dowód nr 8. wystąpienie Budimeksu do projektanta i odpowiedź udzielona przez mgr inż. P.C. – Projektanta na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, dowód nr 11. wyciąg z dokumentacji projektowej inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo, dowód nr 13. oświadczenie mgr inż. K.M. – kierownika budowy na inwestycji dotyczącej wykonania i modernizacji falochronu Północnego w porcie Władysławowo.

Zarzuty dotyczące „Inwestycji 3” wskazanej w wykazie osób w odniesieniu do doświadczenia Kierownika budowy. Z uwagi na fakt, że zarzuty dotyczące Inwestycji 3 opierają się na analogicznych podstawach i twierdzeniach, jakie zaprezentowano w odniesieniu do Inwestycji 2, przystępujący w całej rozciągłości odwołuje się do stanowiska wcześniej zaprezentowanego. Jednocześnie przez wzgląd na fakt, iż odwołujący w kontekście tej inwestycji powołuje się dodatkowo na kosztorys inwestorski, jako podstawę ustalenia wartości zrealizowanej inwestycji, przystępujący podkreśla jednocześnie, jako niewymagającej dalszego dowodzenia, okoliczność, iż oczywistym jest, że kosztorys inwestorski stanowi jedynie oszacowanie wartości danej inwestycji, nie zaś jej finalną wartość realizacyjną. Co więcej, uwzględniając okoliczność podnoszoną na wstępie, iż dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w kontekście kierownika budowy wykazać należało się dwiema inwestycjami o parametrach określonych przez zamawiającego, wskazana inwestycja stanowiła realizację dodatkową, niewpływającą na ocenę doświadczenia p. K.M., o tyle, że wykazane zostało ono za pośrednictwem Inwestycji 1 i Inwestycji 2.

Stanowisko Izby. Uwaga ogólna dotycząca interpretacji warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem V s.i.w.z.: „Warunki udziału w postępowaniu”, ust. 1.3 pkt 1.3.2. lit. b) zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniali warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i wykazali, że wykonawca: „1.3.2 skieruje do realizacji niniejszego zamówienia publicznego niżej wymienione osoby, spełniające następujące wymagania: b) 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń i co najmniej 6 (sześć) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy w zakresie powyższych uprawnień, w tym: - na 2 (dwóch) robotach budowlanych o charakterystyce opisanej w punkcie 1.3.1.a powyżej,

przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 mln (słownie: sześćdziesiąt milionów) PLN brutto”.

Jednocześnie z odesłania do punktu 1.3.1.a s.i.w.z. wynika, że zamawiający oczekiwał w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy, robót budowlanych o następującej charakterystyce: (i) morskie budowle hydrotechniczne w postaci nabrzeży o głębokości technicznej nie mniejszej, niż -5,0 m lub (ii) morskie budowle hydrotechniczne w postaci falochronów (z wyłączeniem falochronów o konstrukcji narzutowej), posadowionych na rzędnej nie mniejszej, niż -5,0 m lub (iii) budowle hydrotechniczne na wodach śródlądowych polegające na budowie nabrzeża o głębokości technicznej nie mniejszej niż 5,0 m.”

W związku z treścią cytowanych powyżej warunków udziału w postępowaniu, wskazać należy, że w odróżnieniu od warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonawcy, czy też chociażby kierowników robót hydrotechnicznych (odpowiednio pkt 1.3.1. a) s.i.w.z. oraz 1.3.2. c) s.i.w.z. - w przypadku kierownika budowy, treść warunku w odniesieniu do wartości wymaganego doświadczenia, nie odnosiła się do „każdej inwestycji”, nie referowała również do wartości robót *stricte* hydrotechnicznych, co przy zachowaniu reguł interpretacyjnych wymagających interpretacji „na korzyść wykonawcy”, oznaczałoby możliwość legitymowania się doświadczeniem na dwóch inwestycjach o łącznej wartości robót budowlanych na poziomie 60 mln złotych brutto.

Zgodnie z przyjętą regułą dotyczącą zastosowania zasad interpretacji, zgodnie z utrwaloną i aktualną linią orzecniczą KIO oraz sądów, w tym Sądu Najwyższego, postanowienia s.i.w.z. należy interpretować, w pierwszej kolejności, wg wykładni literalnej jako najistotniejszej i decydującej. Zgodnie z przyjętą w judykaturze i doktrynie zasadą pierwszeństwa wykładni językowej w procesie wykładni prawa, należy w pierwszej kolejności zastosować dyrektywy wykładni językowej, a dopiero w przypadku dalszych wątpliwości lub w celu wzmocnienia wyniku wykładni językowej sięgać kolejno po wykładnię systemową lub funkcjonalną. W orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym kwestie te znajdują bezpośredni wyraz w uzasadnieniach wydawanych rozstrzygnięć, podkreśla się pierwszeństwo wykładni językowej w demokratycznym państwie prawa (uchwała Sądu Najwyższego z 25.04.2003 r., sygn. akt III CZP 8/03, postanowienia Sądu Najwyższego z 20.07.2005 r., sygn. akt I KZP 25/05, z 31.08.2005 r., sygn. akt V KK 426/04).

Zgodnie z treścią orzeczenia KIO z dnia 5.06.2017 r. w sprawie o sygnaturze KIO 1012/17: „Sąd Okręgowy podziela również stanowisko Sądu Najwyższego sformułowane w uchwale z dnia 10 grudnia 2009 r. (III CZP 110/09), zgodnie z którym w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni

systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (III CZP 94/06) wskazał, że odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne. Jeśli zaś takie nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej. Wykładnia językowa wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia.

Jak słusznie wskazał Budimex, zgodnie z ogólnie przyjętymi w orzecznictwie i doktrynie zasadami interpretacji warunków udziału w postępowaniu, a także zestawiając ze sobą pozostałe postanowienia s.i.w.z., uprawniony jest wiosek, że zamawiający wymagał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika budowy poprzez wykazanie się przez tę osobę realizacją na 2 (dwóch) robotach budowlanych o charakterystyce opisanej w punkcie 1.3.1.a, przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 mln PLN brutto – a zatem nie 60 mln złotych każda, jak interpretują odwołujący, ale łącznie. Zamawiający oczywiście doprecyzowuje, o jakie konkretne realizacje chodzi, powołując się na pkt 1.3.1.a w pkt 1.3.2. b) rozdziału V s.i.w.z., jednak odsyła wyłącznie do „charakterystyki robót budowlanych” (chodzi więc o konkretne cechy, związane z charakterem budowli, a więc te opisane w lit. i-iii, w których z kolei nie ma mowy o wartości). Odesłanie do pkt 1.3.1.a nie odnosi się natomiast do wartości robót budowlanych, które zamawiający definiuje odrębnie i niezależnie bezpośrednio w samej treści pkt 1.3.2. b) s.i.w.z., wskazując na wartość robót nie mniejszą niż 60 mln złotych brutto (nie dodając doprecyzowania, które pojawia się w innych wymogach zdefiniowanych w treści s.i.w.z., iż chodzi o wartość każdej z podawanych inwestycji odrębnie).

Tym samym, w ocenie Izby w celu prawidłowej interpretacji warunku należało przyjąć jego literalne brzmienie, albowiem każda inna interpretacja mogłaby (co czynią odwołujący) negatywnie oddziaływać na sytuację podmiotową wykonawcy. Jednakże należy zwrócić uwagę na okoliczność, która przejawia się w doktrynie oraz orzecznictwie jako zasada, iż nie ma możliwości dokonywania wykładni rozszerzającej warunków udziału w postępowaniu, które wprost z niego nie wynikają, a mogą negatywnie oddziaływać na wykonawcę, który

podlega takiej weryfikacji. Dlatego też, w ocenie Izby, w zakresie omawianego warunku, dotyczącego Kierownika budowy, przyjąć należało, że wykazane doświadczenie ma dotyczyć dwóch robót budowlanych (o określonej charakterystyce) o łącznej wartości 60 mln zł.

Przyjmując powyższą tezę, Izba dokonała oceny zarzutów postawionych w odwołaniach.

W odniesieniu do odwołującego NDI, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący NDI - do pozycji nr 3 Wykazu - zarzutów nie postawił.

Wobec powyższego, do rozstrzygnięcia pozostawała kwestia:

- ogólnego doświadczenia minimum 6 lat – zdaniem Izby, warunek został wykazany w poz. 1 i 3. Już sama pozycja 1, po odjęciu okresu sprawowania funkcji kierownika budowy przez p. E.B., potwierdza doświadczenie p. K.M. w wymaganym okresie, albowiem p. K.M. pełnił funkcję kierownika budowy od maja 1974 r. do maja 1976 r. (2 lata) oraz w okresie od listopada 1979 r. do końca 1987 r. (ponad 8 lat). W poz. 3 wykazu potwierdzone zostało doświadczenie w okresie styczeń 1995 r. do grudzień 1997 r. (3 lata). Sumarycznie doświadczenie p. K.M. to ponad 13 lat na funkcji kierownika budowy,

- doświadczenia na dwóch robotach hydrotechnicznych, od początku do końca inwestycji lub minimum 18 miesięcy – warunek został wykazany poz. 1 i poz. 3 – argumentacja jak powyżej.

- wartość robót budowlanych 60 mln zł – poz. 3 potwierdza 50 mln zł (niekwestionowana przez odwołującego NDI), pozostaje ustalić, czy w poz. 1 zostaje 10 mln zł.

Odwołujący wyliczył, że wartość robót nadzorowanych przez p. E.B. – w poz. 1 Wykazu - wynosiła w sumie 78,3 mln zł, co oznacza, że z wartości wskazanej przez Budimex, pozostało 21,7 mln zł. W sumie wartość robót nadzorowanych przez p. K.M. wynosiła 71,7 mln zł (21,7 mln z poz. 1 + 50 mln z poz. 3), tym samym zostało wykazane spełnienie warunku przez Budimex, przyjmując oczywiście wyliczenia odwołującego.

Izba nie uwzględniła poz. 2 Wykazu, albowiem dowody przedstawione przez odwołującego NDI oraz odwołującego PORR wprost wskazują na charakter narzutowy falochronu północnego w porcie Władysławowo. W zakresie omawianej pozycji podnieść należy, za odwołującym PORR, iż ograniczenie przez zamawiającego w treści warunku zakresu przedmiotowego budowli, które pozwalają na uznanie warunku za spełniony (nabrzeża i falochrony, z wyjątkiem narzutowych), nie może być uznane za przypadkowe. Potwierdzeniem tego są inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w ostatnich latach przez zamawiającego. Zamawiający, jako profesjonalista i jeden z niewielu w polskich warunkach podmiot profesjonalnie zajmujący się inwestycjami morskimi, zwykł konsekwentnie dostosowywać treść warunków udziału do faktycznego

zakresu zamówienia (co zresztą nie powinno dziwić w myśl, wyrażonej w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zasady proporcjonalności). I tak np.:

a) w postępowaniu pn. „Krynica Morska - rozbudowa pirsu pasażerskiego w morskim porcie rybackim” (nr sprawy ZP.371.52.2020.ASZ) zamawiający dopuścił doświadczenie zdobyte przy budowie falochronów, pirsów i nabrzeży: b) co najmniej dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu morskiej budowli hydrotechnicznej, takiej jak: falochron, pirs, nabrzeże lub umocnienie brzegu,

b) postępowaniu pn. „Przebudowa nabrzeża Polski Hak w Gdańsku w ramach Projektu: „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku) Etap IIIA” (nr sprawy ZP-JBC-3800-49/18) zamawiający dopuścił doświadczenie zdobyte przy budowie nabrzeży, pirsów, pomostów, falochronów (z wyłączeniem tych o konstrukcji narzutowej) (...).

Jak wynika z treści rozporządzenia przez falochron rozumie się budowlę morską osłaniającą całkowicie lub częściowo akwen przybrzeżny, głównie w portach i przystaniach morskich, a także brzeg morski przed działaniem fal morskich (§2 pkt 8). Zgodnie z §133 rozporządzenia falochrony ze względu na rodzaj konstrukcji dzielimy na falochrony:

1. stałe, zwarte albo ażurowe, posadowione na dnie w gruncie nośnym zalegającym poniżej dna,
2. pływające, przeholowywane na dowolne miejsce i tam zakotwiczone,
3. pneumatyczne i hydrauliczne, w postaci strumienia powietrza lub wody wypuszczanej pod ciśnieniem z rury położonej na dnie morza.

W myśl §135 rozporządzenia falochrony stałe zwarte obejmują:

- 1 falochrony o ścianach stromych, masywne i sprężyste,
- 2 falochrony o ścianach pochyłych, narzutowe i nasypowe,
- 3 falochrony mieszane,
- 4 falochrony podwójne,
- 5 falochrony półażurowe.

Jednocześnie zgodnie z §135 ust. 4 falochrony narzutowe (a więc te wyłączone z warunku) wykonane są z kamienia albo prefabrykowanych bloków betonowych. Nadto zgodnie z §135 ust. 6 falochrony mieszane składają się z części dolnej, stanowiącej podwodny falochron narzutowy oraz z części górnej, stanowiącej dowolną konstrukcję masywną o ścianach stromych. Wykonywane są także od strony chronionego akwenu, jako stawiane, a od strony morza - jako narzutowe. Różnice w zakresie konstrukcji falochronów obrazuje Encyklopedia Inżynierii Morskiej autorstwa prof. Bolesława K. Mazurkiewicza (punkt c. falochron narzutowy z nadbudową żelbetową, jak dla Falochronu Północnego, pkt d. falochron o ścianach stromych) (dowód: wyciąg z Encyklopedii Inżynierii Morskiej).

Odwołujący przedstawił następujące dowody:

- a) wyciąg z protokołu przekazania obiektu,

- b) wyciąg z dokumentacji projektowo kosztorysowej (strona tytułowa oraz pkt 2 opisu technicznego),
- c) zdjęcie z dokumentu księgowego załączonego do dokumentacji odbiorowej,
- d) odpowiedź p. C(...) uczestniczącego w pracach projektowych Inwestycji 2,
- e) wyciągi z dokumentacji dla Falochronu Północnego,

Powyższe, zdaniem Izby potwierdza charakter falochronu północnego we Władysławowie, definiując go jako narzutowy. Przystępujący Budimex, swoje stanowisko głównie opiera na oświadczeniach, które jednak nie są w stanie podważyć wiarygodności dokumentacji źródłowej (dowody nr 8, 9 i 10). Odnosząc się do dowodu nr 11 - rysunek nr 1 (Budimex) potwierdza on całkowicie tezę stawianą przez odwołującego. Zwrócić należy uwagę na opis (w dolnym lewym rogu) przekazanego dowodu na potwierdzenie charakterystyki Falochronu Północnego: cytata „Przystań robocza oraz zaplecze budowy wykonane przed realizacją Falochronu Północnego narzutowego oraz”. Za nieprzydatne Izba uznała zdjęcia stanowiące dowód nr 12. Załączony do pisma procesowego PORR wyciąg z Encyklopedii Inżynierii Morskiej - rycina C (str. 11), przedstawia falochron narzutowy z nadbudową żelbetową jak we Władysławowie (co dowodzi, że nadbudowa żelbetowa nie podważa narzutowego rodzaju falochronu). Ponadto z dokumentacji technicznej przedłożonej przez odwołującego PORR wynika, że maksymalna głębokość posadowienia Falochronu Północnego to -4,5 m. Autorzy dokumentacji projektowej zwracali uwagę na odmienność konstrukcyjną głowicy i podkreślali, że nie przeczy to narzutowemu charakterowi falochronu.

Potwierdzeniem powyższych okoliczności jest również fakt, iż w ofercie składanej w postępowaniu na Przebudowę nabrzeża Polski Hak w Gdańsku (z dnia 7.01.2019 r.) przystępujący Budimex, zgodnie ze stanem faktycznym, podaje (s. 2 oferty, poz. 3 tabeli) „Wykonanie i modernizację falochronu Północnego w porcie Władysławowo”, opisując: „Zadanie zakończone obejmowało budowę obiektu hydrotechnicznego, tj. budowę nowego falochronu narzutowego” o długości 596 m przy użyciu kamienia łamanego oraz gwiazdobloków do 5 ton, żelbetowa konstrukcja łamacza fal” (dowód: oferta Budimex w postępowaniu na Przebudowę nabrzeża Polski Hak w Gdańsku).

Również z Protokołu z przekazania obiektu hydrotechnicznego „Falochron Narzutowy Północny” wynika charakterystyka tego obiektu. Wskazano w nim, że „Korpus falochronu w kształcie trapezu z wysuniętą w stronę morza stopą zbudowany jest z kamienia łamanego (...). Nadbudowa żelbetowa, monolityczna”. Z tego protokołu wynika więc, że falochron ma konstrukcję narzutową, a jedynie jego nadbudowa jest żelbetowa (co zostało potwierdzone w opinii dr. inż. P.S. z Instytutu Budownictwa Wodnego Polskiej Akademii Nauk) (dowód: 1. opinia dr. inż. P.S. z Instytutu Budownictwa Wodnego PAN z dnia 2.2.2021 r. wraz z wnioskiem odwołującego NDI o jej wydanie. 2. Protokół przekazania obiektu hydrotechnicznego z dnia 30.10.2000 r.).

Odwołujący NDI złożył również oświadczenie p. P.C. (Prezesa „Wuprohyd” sp. z o.o.), z którego wynika, że uczestniczył on w procesie projektowym dotyczącym zadania inwestycyjnego p/n. „Modernizacja i rozbudowa Falochronu Północnego narzutowego we Władysławowie”. Ponadto w ramach umowy z Urzędem Morskim w Gdyni z ramienia BP „Wuprohyd” opracował projekt remontu tego falochronu. Pan P.C. jednoznacznie oświadczył, że Falochron Północny we Władysławowie projektowany i realizowany był jako konstrukcja narzutowa z nadbudową żelbetową (dowód: oświadczenie p. P.C. z dnia 2.02.2021 r. - „Wuprohyd” sp. z o.o.).

Odnosząc się do dowodów złożonych wraz z pismem przystępującego Budimex, za odwołującym NDI wskazać należy, iż:

a. dowód nr 5 – w złożonym oświadczeniu p. W.M. potwierdza w pierwszym akapicie, że uczestniczyła w latach 80-tych w procesie projektowym dotyczącym Modernizacji i rozbudowy Falochronu Północnego narzutowego. Dalej opisuje jedynie konstrukcję falochronu, wskazując, że został on zaprojektowany i realizowany jako konstrukcja o rdzeniu narzutowym z nadbudową żelbetową z zabezpieczeniem od strony morza obrzutem z kamieni i gwiazdobloków, a od strony portu równolegle budowanymi nabrzeżami. Co istotne – p. W.M. nie dokonuje przy tym kwalifikacji tego falochronu jako mieszanego (co stanowi podstawę wyводу przystępującemu w piśmie, iż opis ten wypełnia definicję falochronu mieszanego),

b. dowód nr 6 – podobnie w oświadczeniu złożonym przez p. M.W.: posługuje się on nazwą inwestycji, konsekwentnie pisząc o „Modernizacji i rozbudowie Falochronu Północnego narzutowego”. Natomiast w odpowiedzi na pytanie 3, w którym został poproszony o przedstawienie m.in. typu realizowanej konstrukcji, przedstawia zakres inwestycji, opisując konstrukcję nadbudowy (a nie: konstrukcję falochronu) i co znamienne, również nie określa tego falochronu jako mieszanego,

c. dowód nr 7 – p. P.C. w złożonym oświadczeniu również posługuje się nazwą inwestycji, konsekwentnie (trzykrotnie) pisząc o „Modernizacji i rozbudowie Falochronu Północnego narzutowego”. Na 6 pytanie o konstrukcję falochronu odpowiada, że był on zaprojektowany i realizowany jako konstrukcja o rdzeniu narzutowym zabezpieczonym od strony morza obrzutem z bloków kamiennych i gwiazdoblokami. Również nie dokonuje kwalifikacji tego falochronu jako mieszanego.

Zestawiając oświadczenie p. P.C. (złożone przy piśmie przystępującego Budimex) z oświadczeniem przedłożonym wraz z pismem odwołującego NDI, należy zauważyć, że w tym drugim oświadczeniu w pkt 2 wprost określa, że „Falochron Północny we Władysławowie projektowany i realizowany był jako konstrukcja narzutowa z nadbudową żelbetową.

Wobec próby wykazania przez przystępującego Budimex, iż referencyjny falochron we Władysławowie jest falochronem mieszanym, a także w celu wyjaśnienia pozornej sprzeczności stanowiska w opiniach p. P.C., odwołujący powołał się na złożoną opinię dr inż. P.S. z Instytutu Budownictwa Wodnego Państwowej Akademii Nauk (IBW PAN), w której jednoznacznie sklasyfikowano konstrukcję tego falochronu i wskazano że jest to falochron narzutowy. Co istotne, we wniosku o przygotowanie opinii w sprawie dot. zakwalifikowania i nazewnictwa Falochronu Północnego we Władysławowie, odwołujący poprosił również o wyjaśnienie, czy falochron ten można zakwalifikować jako narzutowy, jeżeli zgodnie z oświadczeniem projektanta złożonym Budimexowi falochron ten posiada konstrukcję narzutową z nadbudową żelbetową. Odwołujący we wniosku zacytował fragment oświadczenia p. P.C. złożonego jako dowód nr 7 przez Budimex, a także charakterystykę falochronu, wskazaną w Protokole przekazania obiektu hydrotechnicznego. Opiniujący na końcu opinii stwierdził, że informacje te (zawarte w pytaniu 1 i 2 pisma odwołującego) nie zmieniają dokonanej oceny i klasyfikacji jako falochronu narzutowego (dowód: opinia dr inż. P.S. z Instytutu Budownictwa Wodnego PAN z dnia 2.2.2021 r. wraz z wnioskiem odwołującego o jej wydanie).

W odniesieniu do odwołującego PORR, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący podniósł zarzuty w zakresie wszystkich trzech pozycji.

W zakresie poz. 1 odwołujący kwestionował wartość wykazanej roboty, wskazując, iż w zakres prac wchodziły pirsy oraz nabrzeża. Odwołujący podał, że ze względów konstrukcyjnych, możliwe jest uwzględnienie jedynie wybudowanych nabrzeży, z czym Izba się zgadza. Za odwołującym PORR wskazać należy, iż łączna długość nabrzeży i pirsów wskazanych w referencji obejmuje ok 1324 mb, z czego Molo II i Molo III (pirsy) łącznie 600 mb, Nabrzeże Południowe I i II — 478 mb oraz Nabrzeże Zachodnie I i II około 246 mb. W konsekwencji około połowa długości całości zamierzenia wskazanego jako referencyjne dotyczyła pirsów, a więc obiektów nie dopuszczonych przez zamawiającego, jako referencyjne.

W ocenie Izby, poz. 1 wykazu Budimex, należało zakwalifikować jako jedno zamierzenie budowlane. Zdaniem Izby, wnioskowanie przez odwołujących o wielość „umów” z faktu istnienia kilku pozwoleń, nie znajduje uzasadnienia w kontekście realiów lat 70-tych i 80-tych, gdyż odwołujący usiłują stosować instytucje gospodarki rynkowej do okresu gospodarki nakazowo-rozdzielczej, a godzi się przypomnieć, że ówczesnie nie podpisywano „umów”, a otrzymywało się jedno jednostronicowe zlecenie na realizację inwestycji, prowadzonej w oparciu o tzw. OWRI, siłami własnymi, z jednoczesnym przydziałem dostaw materiałów, a jednostka realizująca nie mogła „odmówić” realizacji zadania, tym bardziej kategorii „S” – czyli specjalnego (port wojenny); dokumentacja w praktyce powstawała jednocześnie

z realizacją inwestycji, podobnie pozwolenia (wydawane w toku, a nawet po zrealizowaniu robót). W warunkach gospodarki nakazowo-rozdziałowej do realizacji inwestycji przez przedsiębiorstwa państwowe w ogóle nie stosowało się postanowień kodeksu cywilnego dotyczących stosunków pomiędzy osobami fizycznymi i prawnymi; istniały specjalne przepisy odnoszące się do tzw. jgu (jednostek gospodarki uspołecznionej). Złożone przez przystępującego Budimex dowody w postaci oświadczenia: p. E.B., p. K.M. oraz p. Z.O., potwierdzają powyższe okoliczności.

Tym samym, inwestycja wskazana w ramach pozycji 1 wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia p. K.M., tj. zadanie pn. „Stocznia Marynarki Wojennej – budowa Mola III (Nabrzeże Gościnne), mola II, nabrzeży Południowego, Zachodnich I i II”, stanowiła jedno kompleksowe zadanie inwestycyjne, realizowane na rzecz Stoczni Marynarki Wojennej, wykonywane przez tego samego wykonawcę (tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjno-Morskiego HYDROBUDOWA-4) w ramach wieloletniej umowy zawartej pomiędzy tymi podmiotami.

Odwołujący w ramach przeprowadzonych wywodów, dokonał wyliczenia możliwej wartości nabrzeży wybudowanych w ramach poz. 1 Wykazu, stwierdzając, iż ich maksymalna wartość, po uwzględnieniu waloryzacji wg. wskaźnika GUS oraz denominacji złotówki z 1995 roku, mogła wynieść maksymalnie niecałe 20 mln zł.

Z takim stanowiskiem nie zgadza się Izba wskazując, iż przyjęty sposób wyliczenia odwołującego nie uwzględnia okoliczności związanych z faktyczną wartością zbliżonych przedmiotowo inwestycji, odnosi się jedynie do matematycznego ich przeliczenia. Zdaniem Izby wyliczenie wartości inwestycji winno być dokonane z uwzględnieniem wartości inwestycji realizowanych obecnie lub w niedalekiej przeszłości, albowiem tylko odniesienie się do obecnych wartości zbliżonych inwestycji może unaocznic wartość inwestycji. Odwołujący takiej symulacji nie przeprowadził. Odwołujący nie dokonał również wydzielenia wartościowego pirsów z pozycji nr 1, a powyższa czynność mogłaby wskazywać jaki procentowy stosunek wartości pirsów do wartości nabrzeży występuje. Należy również podnieść, iż zamawiający w treści s.i.w.z. nie określił sposobu przeliczania wartości inwestycji, co oznacza, że możliwa jest każda dopuszczalna ich forma.

Zdaniem Izby, z uwagi na upływ czasu, posługiwanie się w tym zakresie wartością bilansową jest zupełnie nieuprawnione, gdyż jest to wartość uwzględniająca amortyzację i w żaden sposób nie odnosi się do wartości robót.

Powyższe oznacza, iż odwołujący nie wykazał rzeczywistej wartości robót z poz. 1 Wykazu złożonego przez Budimex, co oznacza, że zarzut w tym zakresie uznać należało za bezzasadny. Z uwagi na okoliczność, iż odwołujący w zakresie tej pozycji nie stawiał innych zarzutów, Izba stwierdziła, że Budimex, pozycją nr 1 wykazał wszystkie elementy opisane przez zamawiającego w treści warunku.

Skoro zatem wartość pozycji 1 spełnia wymóg pod kątem wartości (60 mln zł), a odwołujący w odniesieniu do pozycji 3 podnosił zarzuty jedynie w zakresie wartości robót, to już na tym etapie oceny stwierdzić należało, że Budimex potwierdził spełnienie warunku w zakresie 6 letniego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy oraz w zakresie dwóch robót od początku ich trwania do zakończenia lub minimum 18 m-cy (poz. 1 i 3).

W zakresie pozycji 2 Izba przyjęła stanowisko jak przy odwołaniu NDI.

Kierownicy robót hydrotechnicznych (odwołujący NDI).

W odniesieniu do funkcji kierownika robót hydrotechnicznych zamawiający wymagał w pkt V ust. 1.3 pkt 1.3.2.c) s.i.w.z. dysponowania dwiema osobami posiadającymi wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń, i co najmniej 4 (cztery) lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) lub inspektora nadzoru w zakresie powyższych uprawnień, w tym na 2 (dwóch) robotach budowlanych, których przedmiotem było wykonanie robót budowlanych hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie nabrzeża o głębokości technicznej nie mniejszej niż – 5,0 m przez cały okres ich realizacji - od rozpoczęcia do zakończenia lub na każdej przez okres minimum 12 miesięcy, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej, niż 35 mln (słownie: trzydzieści pięć milionów) PLN brutto każda.

Na stanowisko kierownika robót hydrotechnicznych w złożonym przez Budimex wykazie osób wskazano p. G.M., p. Ł.R. oraz p. M.K. W odniesieniu do dwóch pierwszych osób, zdaniem odwołującego NDI, przystępujący Budimex złożył w wykazie informacje wprowadzające w błąd, co do ich doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że Budimex wskazując doświadczenie p. G.M. wyszczególnił 9 zadań, w których pełnił on funkcję kierownika robót. W pkt 1 wskazano zadanie pn. Rozbudowa Nabrzeża Dworzec Drzewny w Porcie Gdańsk. Informacja, jakoby p. G.M. był kierownikiem budowy jest niezgodna ze stanem faktycznym, bowiem funkcję tę sprawował p. B.M.. Ponadto w pkt 6 (Przebudowa Falochronu Głównego w Gdyni wraz z modernizacją systemu nawigacyjnego) wykazu doświadczenia p. G.M. wskazano prace, które obejmowały przebudowę falochronu, nie zaś - jak wymagano - budowę lub przebudowę nabrzeża. Zgodnie z definicjami wynikającymi z §2 pkt 8 i 12 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998 r. Nr 101, poz. 645 ze zm.) falochrony i nabrzeża to różne rodzaje budowli hydrotechnicznych.

Izba stwierdziła, iż w odniesieniu do kierowników robót hydrotechnicznych, z trzech wskazanych przez Budimex, zarzuty odwołania dotyczą tylko dwóch. Doświadczenie p. M.K. nie było objęte zarzutami odwołania, w związku z tym w celu wykazania posiadania dysponowania minimum 2 osobami, konieczne było ustalenie czy pan G.M. lub pan Ł.R. legitymują się wymaganym doświadczeniem.

Odwołujący w piśmie z dnia 3 lutego 2021 roku, złożył oświadczenie (strona 46, p. 147), iż wycofuje zarzuty odwołania stawiane wobec pana G.M. Odwołujący NDI oświadczył również, iż cofa zarzuty dotyczące doświadczenia wskazanego w poz. 2 oraz zarzut dotyczący braku możliwości pełnienia funkcji kierownika robót jednocześnie na budowach wskazanych w poz. 2 i 3, tym samym roboty wskazane w poz. 2 uznaje za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego NDI dotyczące kierowników robót hydrotechnicznych nie potwierdziły się, albowiem Budimex wykazując spełnienie tego warunku przez dwie osoby, tj. p. G.M. oraz p. M.K. – potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V ust. 1.3 pkt 1.3.2.c) s.i.w.z.

Tym samym za bezprzedmiotowe Izba uznała rozpoznawanie zarzutów względem pana Ł.R., albowiem pozostaje to bez wpływu na wynik oceny spełniania tego warunku przez Budimex.

Odwołujący PORR w zakresie kierowników robót hydrotechnicznych zarzutów nie postawił.

Przyjmując powyższe rozstrzygnięcie Izby za prawidłowe, wskazać należy, iż przystępujący Budimex, w ramach swojej oferty nie przedstawił informacji, o których mowa w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Wskazane przepisy regulują kwestię dotyczącą podstaw do wykluczenia wykonawcy w przypadkach, gdy wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów lub/oraz 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. Podnieść należy, że informacje określone omawianymi przepisami muszą mieć charakter jednoznacznych faktów, nie dających możliwości różnej ich interpretacji, a ponadto muszą wprowadzać zamawiającego w błąd. Błąd w rozumieniu ewentualnej wadliwej czynności zamawiającego, polegającej na udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie wykazał

rzetelnych informacji. Izba stoi na stanowisku, że interpretacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu, różna w zależności od osiągnięcia zamierzonego celu, co potwierdziło przedmiotowe postępowanie odwoławcze, nie może być przesłanką do czynienia takiemu podmiotowi zarzutów, skutkujących wykluczeniem z postępowania. Tym bardziej, że innymi środkami dowodowymi oraz odpowiednią do nich argumentacją, potwierdzającą określone okoliczności, daje się stwierdzić, czy dany wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, po wykluczeniu elementów powodujących rozbieżność interpretacyjną. W omawianym zakresie za zasadne jest przytoczenie tezy z wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach, z dnia 13 września 2019 roku, sygn. akt XIX Ga 953/19, który stwierdził, iż aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Tożsamo stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lutego 2020 roku, sygn. akt KIO 197/20, gdzie Izba wskazała, iż nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd zamawiającego.

Reasumując Izba stwierdziła, że tylko w przypadku, gdy informacje złożone przez wykonawców mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dot. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp), Izba mogłaby nakazać wykluczenie danego wykonawcy z postępowania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, taka sytuacja nie miała miejsca, albowiem Budimex wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu dwoma z trzech pozycji w zakresie Kierownika budowy, oraz dwoma z trzech pozycji w zakresie Kierowników robót hydrotechnicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....