

**Sygn. akt KIO 1669/19**

**Sygn. akt KIO 1679/19**

**Sygn. akt KIO 1682/19**

**WYROK**

**z dnia 16 września 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Magdalena Grabarczyk**  
**Emilia Garbala**  
**Emil Kawa**

**Protokolant:** **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 10 i 11 września 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę China Harbour Engineering Company Ltd. w Pekinie (Chiny), w dniu 29 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia N.V. Besix S.A. w Brukseli (Belgia), NDI S.A. w Sopocie oraz NDI sp. z o.o. w Sopocie oraz w dniu 29 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. w Madrycie (Hiszpania) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia N.V. Besix S.A. w Brukseli (Belgia), NDI S.A. w Sopocie oraz NDI sp. z o.o. w Sopocie zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1669/19 i KIO 1682/19 po stronie zamawiającego;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. w Madrycie (Hiszpania) zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1669/19 i KIO 1679/19 po stronie zamawiającego;

- wykonawcy China Harbour Engineering Company Ltd. z siedzibą w Pekinie (Chiny) zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1679/19 i KIO 1682/19 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę China Harbour Engineering Company Ltd. w Pekinie (Chiny), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia N.V. Besix S.A. w Brukseli (Belgia), NDI S.A. w Sopocie oraz NDI sp. z o.o. w Sopocie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. w Madrycie (Hiszpania) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60.000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę China Harbour Engineering Company Ltd. w Pekinie (Chiny), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia N.V. Besix S.A. w Brukseli (Belgia), NDI S.A. w Sopocie oraz NDI sp. z o.o. w Sopocie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. w Madrycie (Hiszpania) tytułem wpisów od odwołań, w kwocie 20.0000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) od każdego z odwołujących;

2.2. zasądza od wykonawcy China Harbour Engineering Company Ltd. w Pekinie (Chiny), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia N.V. Besix S.A. w Brukseli (Belgia), NDI S.A. w Sopocie oraz NDI sp. z o.o. w Sopocie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. w Madrycie (Hiszpania) na rzecz Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni kwotę 10.800 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od każdego z odwołujących.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 1669/19**

**KIO 1679/19**

**KIO 1682/19**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - Część I. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 stycznia 2019 r. pod numerem 2019/S 002-001565. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 sierpnia 2019 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania – wyborze oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia N.V Besix SA, NDI S.A. oraz NDI sp. z o.o., dalej jako konsorcjum Besix, w związku z czym odwołania wnieśli:

1. China Harbour Engineering Company Ltd w Pekinie (Chiny) – 27 sierpnia 2019 r.;
2. konsorcjum Besix – 29 sierpnia 2019 r.;
3. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A., dalej jako: konsorcjum Budimex – 29 sierpnia 2019 r.

Odwołujący zachowali termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

**Odwołanie wniesione przez China Harbour Engineering Company Ltd (sygn. akt KIO 1669/19):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 4 oraz pkt 6 ustawy przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum Besix SA, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, dalej jako: SIWZ, względnie zawiera rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz kosztu, a także przez zaniechanie odrzucenia tej oferty;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 4 oraz pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Budimex, która nie odpowiada treści SIWZ, względnie zawiera rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz kosztu;
3. art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu;
4. art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zażądania wyjaśnień co do pozycji kosztorysowych wycenionych rażąco nisko;
5. art. 87 ust. 1 i 2 ustawy przez prowadzenie z konsorcjum Besix niedozwolonych negocjacji, wskutek których złożone przez wykonawcę wyjaśnienia doprowadziły do istotnych zmian treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowienia badania i oceny ofert, zaś na etapie ponownej oceny, odrzucenia ofert konsorcjum Besix oraz konsorcjum Budimex jako niezgodnych z SIWZ oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Wnosił również o zasądzenie na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów podniesionych wobec najkorzystniejszej oferty odwołujący stwierdził, że konsorcjum Besix nie złożyło oferty z wykorzystaniem wzoru formularza ofertowego opublikowanego przez zamawiającego 7 marca 2019 r., lecz na starym wzorze, który nie wskazywał wynagrodzenia wykonawcy za usunięcie obiektów ferromagnetycznych.

Odwołujący podniósł, że fragment formularza ofertowego konsorcjum Besix z 27 czerwca 2019 r. określa już cenę za tę pozycję, ale prezentuje inną cenę oferty. Wywodził, że z pisma zamawiającego z 19 sierpnia 2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika jeszcze inna cena najkorzystniejszej oferty, to jest 991 622 781,98 zł, czyli o 905 790,83 zł mniej, niż wykonawca zaoferował pierwotnie i o 905 808,05 zł, niż z 27 czerwca 2019 r. Odwołujący podkreślił, że skoro łączna cena ofertowa brutto konsorcjum Besix wynosiła zaś w tym samym postępowaniu kolejno:

992 270 523,79 zł, 992 528 572,81 zł, 992 528 590,03 zł oraz 991 622 781,98 zł, to po terminie składania ofert doszło do niedozwolonych negocjacji ceny oferty konsorcjum Besix, a przepisy art. 87 ust. 2 ustawy zostały zastosowane w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący zarzucił również, że oferta konsorcjum Besix nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia. W kosztorysach nie uwzględniono dwóch pozycji z przedmiaru robót wymaganych zgodnie z SIWZ (nr 11.4 Instalacje Maszynowni, poz.4.19 oraz 4.20). Oferta ta jest więc niezgodna SIWZ również dlatego, że nie została złożona na cały zakres prac określony w SIWZ. Konsorcjum Besix zmodyfikowało kosztorysy ofertowe oraz formularz cenowy, pomijając wymagane przez zamawiającego pozycje, bądź też prezentując pozycje inne, niż wymagane.

Odwołujący zarzucił, że brak wyceny pozycji 4.19 i 4.20 nie stanowi omyłki, którą można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ale jest istotnym brakiem oświadczenia woli, i to bez względu na wartość tych pozycji w stosunku do wartości całego przedmiotu zamówienia. Skoro wynagrodzenie w przedmiotowym przetargu jest wynagrodzeniem kosztorysowym, to faktyczne rozliczenia stron umowy będą rozliczane po obmiarach powykonawczych, stosownie do podanych w kosztorysach stawek jednostkowych. W przypadku tych dwóch pozycji stawek w ogóle nie podano, wobec czego oferta nie odnosi się do całego zakresu wymagane w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że niektóre pozycje kosztorysu konsorcjum Besix zawierają rażąco zaniżone wartości, co prowadzić może do różnych, aczkolwiek w każdym przypadku dyskwalifikujących tę ofertę wniosków: 1) albo ilości określonych pozycji są niedoszacowane, wobec czego oferta nie została skalkulowana na cały zakres przedmiotu zamówienia; 2) albo zastosowany koszt jest rażąco niski, nierealny w warunkach rynkowych; 3) albo Konsorcjum Besix świadomie zamierza zastosować na etapie realizacji zamówienia inną tańszą technologię, niezgodną z obecnym projektem. Dotyczy to kosztu wyceny ułożenia geowłókniny na sztucznej wyspie (kosztorys 14.0 Sztuczna Wyspa, pozycja 2.d.1) oraz kosztu wykonania ścian szczelinowych w kanale żeglugowym (kosztorys 2.0 Kanał żeglugowy, pozycje 28.d.3 oraz 29.d.3).

Uzasadniając zarzuty wobec oferty konsorcjum Budimex odwołujący podniósł, że kilka istotnych pozycji kosztorysowych w tej ofercie zostało w sposób rażąco zaniżonych, a wykonanie tych pozycji zgodnie z zaoferowaną wyceną jest

niemożliwe. Zarzucił, że szczegółowa analiza oferty konsorcjum Budimex prowadzi do wniosku, że została ona przygotowana niezgodnie z dokumentacją projektową przekazaną przez zamawiającego, jak również z decyzją środowiskową lub przy założeniu zmiany technologii wymaganej przez zamawiającego.

Odwołujący opierał zarzut na następujących pozycjach kosztorysu ofertowego:

1. narzut z kamienia na sztuczną wyspę (kosztorys 14.0 Sztuczna Wyspa, pozycje 3.d.1 oraz 4.d.1);
2. ułożenie geowłókniny na sztucznej wyspie (kosztorys 14.0 Sztuczna Wyspa, pozycje 1.d.1 oraz 2.d.1), odnośnie do czego odwołujący twierdził, że konsorcjum Budimex zamierza zrezygnować z ułożenia geowłókniny na sztucznej wyspie albo zastosować inną technologię. Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do tych pozycji koszt tego wykonawcy znacząco odbiega od kosztu pozostałych oferentów i jest w zasadzie minimalny, w warunkach rynkowych niemożliwy do osiągnięcia;
3. wykonanie mikropali w kanale żeglugowym (kosztorys 2.0 Kanał żeglugowy, pozycje 30.d.4 oraz 31.d.4);
4. koszt transportu urobku (gleby) na plażę odległą o 15 km (kosztorys 2.0 Kanał żeglugowy, pozycje 69.d.8 oraz 75.d.7 oraz 3.d.1) oraz porównanie cen jednostkowych transportu ziemi wskazuje na zamiar konsorcjum Budimex wbudowania ziemi w innym miejscu, niezgodnie z decyzją środowiskową (nie transportując jej na wskazane miejsce).

Ponadto podkreślił, że cena konsorcjum Budimex za pogłębianie na obiekcie falochronu, wynosi 26,26 zł za m<sup>3</sup>, podczas gdy cena pogłębiania kanału wynosi tylko 5 zł za m<sup>3</sup>. Zarzucił, że wycena tożsamej roboty nie powinna tak dalece się różnić. Część ziemi przewożona na czoło falochronu oraz na tył nabrzeża znajduje się zasadniczo w odległości 2 km. Cena jednostkowa za transport urobku na czoło falochronu wynosi 26,26 zł za m<sup>3</sup>, podczas gdy cena za transport urobku na plażę odległą o 15-kilometrową tylko 6 zł za m<sup>3</sup>. Różnice w cenach jednostkowych nie mają uzasadnienia w rzeczywistych kosztach wykonania tych robót, wobec czego wartości podane w ofercie konsorcjum Budimex są nierzetelne, nierzeczywiste i zostały wpisane tylko po to, aby uzasadnić całkowitą wartość oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił również, że analiza kosztów wykonania ścian szczelinowych w kanale żeglugowym (kosztorys 2.0 Kanał żeglugowy, pozycje 28.d.3

oraz 29.d.3) w odniesieniu do łącznej ceny oferty wskazuje na zamiar rezygnacji konsorcjum Budimex oraz konsorcjum Besix z wykonania ścian szczelinowych lub zastosowania innej technologii np. grodziec stalowych.

Zdaniem odwołującego skoro różnice te pojawiają się głównie w przypadku dwóch głównych obiektów (w kanale żeglugowym oraz na sztucznej wyspie), to nie są one wynikiem błędu, ale raczej wyrazem realizacji zamierzonej strategii, aby po wygranej przetargu poszukiwać możliwości wprowadzenia zmian projektowych, aby zredukować lub nawet anulować wymienioną ilość inżynierii projektu lub całkowicie zmienić projekt.

Konsorcjum Besix i konsorcjum Budimex przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów skierowanych przeciw ich ofertom.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 9 września 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

### **Odwołanie wniesione przez konsorcjum Besix (sygn. akt KIO 1679/19):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, względnie poprzez zaniechanie żądania od konsorcjum Budimex wyjaśnień treści złożonej oferty co do zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, w szczególności w zakresie wynikającym z kosztorysu ofertowego 14.0 „Sztuczna Wyspa”;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex, pomimo że zawiera ona rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie ceny wykonania „Sztucznej wyspy”;
4. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny



oferty w zakresie ceny wykonania „Sztucznej wyspy”, pomimo iż cena zaoferowana w tym zakresie przez Budimex jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

5. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, względnie art. 26 ust. 3a Pzp lub art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex, pomimo istotnych braków w pełnomocnictwie udzielonym przez Ferrovial Agroman S.A., względnie zaniechanie poprzedzenia czynności odrzucenia wezwaniem do uzupełnienia właściwego dokumentu pełnomocnictwa w oparciu o art. 26 ust. 3a Pzp lub wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia innych dokumentów, o których mowa w treści pełnomocnictwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty konsorcjum Budimex, odrzucenia oferty konsorcjum Budimex. Alternatywnie żądał wezwania konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a w sytuacji, gdy udzielone wyjaśnienia nie wyeliminują wątpliwości co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia przez konsorcjum Budimex, odrzucenia jego oferty z powodu niezgodności z SIWZ, albo wezwania konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie ceny wykonania „Sztucznej wyspy”, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia potwierdzą, iż oferta konsorcjum Budimex zawiera rażąco niską cenę - odrzucenie oferty. Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego: wpisu od odwołania oraz uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności wywiódł, że jako wykonawca, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą, jest uprawniony zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp do wnoszenia odwołania. Powołał, że nowelizacja ustawy z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778), wprowadziła pojęcie „interesu w uzyskaniu zamówienia”, w miejsce „interesu prawnego”. W orzecznictwie ugruntował się od tego czasu pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia, co jest zgodne z art. 1 ust. 3

dyrektywy 89/665/EWG. Odwołujący wskazał, że z uwagi na skorzystanie przez zamawiającego z tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa Pzp, wybór jego oferty nie ma charakteru ostatecznego, zatem jest uprawniony do podnoszenia zarzutów wobec ofert mniej korzystnych. Argumentował, że wybór oferty konsorcjum Budimex jest hipotetycznie możliwy w przyszłości, a wykonawca ten może korzystać ze środków ochrony prawnej zmierzających do wyeliminowania z postępowania odwołującego, pomimo tego, że nie powinien mieć takiej możliwości, skoro jego oferta podlega odrzuceniu. Wywodził, że brak uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej ma miejsce w sytuacji, w której wykonawca dążyłby do eliminacji własnej oferty lub unieważnienia postępowania. Podniósł, że po myśli art. 179 ust. 1 Pzp wystarczająca jest możliwość poniesienia szkody, czym odwołujący jest realnie zagrożony. Uwzględnienie odwołania złożonego przez konsorcjum Budimex spowoduje odrzucenie oferty odwołującego lub wykluczenie go z postępowania, a zaskarżenie orzeczenia do sądu okręgowego, nie wstrzymuje zamawiającego w zawarciu umowy z innym wykonawcą, zwłaszcza wobec długiego czasu trwania procedury sądowej. Odwołujący wywodził, że o możliwości wniesienia przez niego odwołania przesądza również zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej nakazująca podnoszenie wszystkich zarzutów w pierwszym możliwym terminie.

Uzasadniając zarzut dotyczący ceny wykonania Sztucznej Wyspy, będącej istotną częścią składową ceny oferty, odwołujący zwrócił uwagę, że wynosi ona 113 277 248,49 złotych netto. Jest to cena niemal dwukrotnie niższa niż cena zakładana w ofercie konsorcjum BESIX tj. 215 508 453,35 złotych netto. Zestawienie tych dwóch wartości powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przez Budimex przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Cena wykonania Sztucznej Wyspy w ofercie konsorcjum Budimex (wynosząca 113.277.248,49 zł netto, 139.331.015,64 zł brutto) jest przynajmniej o połowę niższa od pozostałych cen ofertowych, jest o ok. 60% niższa od drugiej w kolejności najtańszej oferty w tym zakresie złożonej przez Energopol-Szczecin S.A. i o ok. 260% niższa od najdroższej oferty w tym zakresie złożonej przez Sinohydro Corporation Limited.

Odwołujący podkreślił, że cena Sztucznej Wyspy stanowi niewątpliwie istotną część składową całkowitej ceny oferty, co uwidacznia procentowy udział ceny tej oferty w cenie

ofert złożonych w postępowaniu. Nawiązując do orzecznictwa Izby wyjaśnił, że wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ w zakresie Sztucznej Wyspy ma szczególny charakter. Zamawiający określił wyłącznie jeden Termin Kluczowy, jakim jest właśnie termin wykonania Sztucznej Wyspy. Istotność wyznaczenia jedynego Terminu Kluczowego została dodatkowo podkreślona w postanowieniach Szczegółowych Warunków Kontraktu w Klauzuli 8.7. Sztuczna Wyspa ma również ogromne znaczenie w zakresie realizacji Części II postępowania przetargowego wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”, które nie zostało jeszcze ogłoszone. Wykonawca wyłoniony w ramach ww. postępowania będzie wykonywał m.in. roboty czerpalne na Zalewie Wiślanym i rzece Elbląg, a urobek pochodzący z tych robót jest zobowiązany wbudować w Sztuczną Wyspę.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący wskazał, że w zakresie następujących pozycji KOSZTORYSU OFERTOWEGO 14.0 konsorcjum Budimex zaoferowało przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia:

- 1.d.1. Układanie geowłókniny PVA lub PET - nośność na rozciąganie 300 kN/m;
- 3.d.1. Narzut z kamienia łamanego o masie do 500 kg pod wodą z jednostek pływających;
- 4.d.1. Narzut z kamienia łamanego o masie min. 1350 kg na skarpach wykonywany z wody;
- 8.d.1. Dowóz materiału na wał wyspy - grunt pozyskany z wykopów lądowych;
- 9.d.1. Zasypywanie wału wyspy piaskiem, pozyskanym z wykopów lądowych.

Konsorcjum Budimex dokonało wyceny materiałów niezgodnie z SIWZ, nie uwzględniając wszystkich składników cenotwórczych oraz wytycznych wynikających z dokumentacji technicznej i OPZ lub wyceny materiałów innych niż wskazane w dokumentacji technicznej oraz w Załączniku nr 4 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia”. Taka niezgodność oferty z SIWZ jest zasadnicza i nieusuwalna i zamawiający nie może jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wywodził, że zamawiający w SIWZ oraz wielokrotnie w pytaniach i odpowiedziach, zawarł regułę braku możliwości samodzielnego dokonywania zmian w stosunku do rozwiązań technicznych podanych w Dokumentacji Projektowej, zarówno

pod względem ilości i jakości. Zamawiający konsekwentnie podkreślał, iż wszelkie zmiany dokonywane będą dopiero na etapie realizacji zgodnie z Klauzulą 13 Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu, dalej: „WOiSK”. Zamawiający musi dysponować ofertami, które są porównywalne, czyli takimi, które wyceniają realizację przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem rozwiązań technicznych podanych w Dokumentacji Projektowej.

Zdaniem odwołującego, opisane ceny jednostkowe, jak i cena całkowita wskazana w KOSZTORYSIE OFERTOWYM 14.0. za wykonanie Sztucznej Wyspy - są tymi sytuacjami, w których Budimex zaoferował cenę poniżej kosztów własnych - tak aby wyeliminować pozostałych wykonawców - co powinno być uznane przez zamawiającego za czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji stanowić podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Czynem nieuczciwej konkurencji byłoby także założenie z góry przez Budimex, że dokona zmiany materiału (zamiast układania geowłókniny, ułoży inny tańszy materiał) lub zmiany rozwiązania technicznego w zakresie konstrukcji Sztucznej Wyspy - co w konsekwencji doprowadziłoby do niedozwolonego manipulowania poziomem cen jednostkowych ofercie. Taka manipulacja cenami nie jest już efektem dozwolonej strategii biznesowej, nie służy również trosce o jakość i efektywność wykonania zamówienia. Stanowi natomiast poważne zagrożenie dla jego wykonania i kosztów, jakie będzie musiał ponieść w tym celu zamawiający. Wykonanie przedmiotu zamówienia (Sztucznej Wyspy) niezgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz powoduje nieporównywalność ofert oraz brak pewności co do należytego wykonania zamówienia. Przyjęcie założenia, już na etapie składania ofert, że w trakcie realizacji zamówienia dojdzie do zmiany materiału lub zmiany technologii (w trybie Klauzuli 13 OWiSK) i następnie dokonanie wyceny oferty w oparciu o takie założenie spełniałoby znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo odwołujący zarzucił, że w odniesieniu do czterech pozycji z KOSZTORYSU OFERTOWEGO 14.0:

- „8.0.1. Dowóz materiału na wał wyspy - grunt pozyskany z wykopów lądowych,
- 9.d.1. Zasypywanie wału wyspy piaskiem, pozyskanym z wykopów lądowych,
- 13.d.1. Dostarczenie prefabrykatów żelbetowych muru oporowego m3 173.200,
- 14.d.1. Montaż elementów prefabrykowanych muru oporowego, o masie do 40 t dźwigiem pływającym"

doszło do nieprawidłowej wyceny przez Budimex ceny jednostkowej. Pozycje, w których powinna być wyceniona robocizna, czyli „zasypywanie piaskiem wału” oraz „montaż prefabrykatów muru oporowego” są rażąco zaniżone (choć w tej cenie powinny być skalkulowane koszty: koszt rozgarniania, koszt jednostek pływających, koszt ludzi, zysk itd.). Zaś pozycje dotyczące dostarczenia materiału są nieproporcjonalnie zawyżone. To pozwoli Budimexowi na szybsze uzyskanie płatności w zakresie samej dostawy materiału, ale jest postępowaniem nagannym i sprzecznym z przepisami prawa oraz postanowieniami S1WZ. Co więcej stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji.

Podniósł, że w ofercie konsorcjum Budimex można również znaleźć inne przykładowe pozycje skalkulowane w sposób zawyżony:

Kosztorys ofertowy 1.2 „Port osłonowy - część zachodnia”

59 d.6 H-1.8 Montaż odbojnic wyboczeniowych. Montaż na kotwy wklejane - cena jednostkowa wskazana przez Budimex to 49 074,00 zł, a średnia arytmetyczna cen jednostkowych ze wszystkich pozostałych ofert to 16 606,04 zł.

Kosztorys ofertowy 2.0 „Kanał żeglugowy”

35 d.5 H-1.5 Narzut z kamienia łamanego o masie do 60 kg na skarpach wykonywany z wody (stanowisko południowe) - cena jednostkowa wskazana przez Budimex to 928,38 zł, a średnia arytmetyczna cen jednostkowych ze wszystkich pozostałych ofert to 334,61 zł.

36 d.5 H-1.5 Narzut z kamienia łamanego o masie do 200 kg na skarpach wykonywany z wody (stanowisko południowe) - cena jednostkowa wskazana przez Budimex to 937,56 zł, a średnia arytmetyczna cen jednostkowych ze wszystkich pozostałych ofert to 361,31 zł.

74 d.7 H-1.8 Belka odbojowa (z gumy lub z elastomeru) 30\*30 CM (z otworem, wzmocnione ceownikiem). Montaż na kotwy wklejane - cena jednostkowa wskazana przez Budimex to 3 449,76 zł, a średnia arytmetyczna cen jednostkowych ze wszystkich pozostałych ofert to 1 283,23 zł.

Kosztorys ofertowy 14.0 „Sztuczna wyspa”

26 d.2 H-1.8 i wg proj. Montaż systemu monitoringu - inklinometry i czujniki pomiarowe - cena jednostkowa wskazana przez Budimex to 9.150.000,00 zł, a średnia arytmetyczna cen jednostkowych ze wszystkich pozostałych ofert to 707 435,77 zł.

Zawyżenie cen we wskazanych wyżej pozycjach prowadzi do wniosku, że w tych obszarach konsorcjum Budimex zamierza „nadrobić” rażąco niską cenę w zakresie

wykonania całej „Sztucznej wyspy” i w ten sposób ograniczyć swoje straty przy wykonaniu tego elementu zamówienia - a takie zachowanie również wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego cena wykonania Sztucznej Wyspy została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Fakt, iż cena tej istotnej części składowej ceny całej oferty w sposób tak znaczący odbiega od cen zaoferowanych przez innych wykonawców - powinien wywołać obiektywne zastrzeżenia zamawiającego, gdyż spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący poinformował, że w toku postępowania przesłał do zamawiającego w dniu 10 lipca 2019 r. pismo, w którym zwrócił uwagę na konieczność wnikliwej weryfikacji oferty konsorcjum Budimex w zakresie wyceny wykonania „Sztucznej Wyspy”, w tym na konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający jednak zaniechał takiej weryfikacji, czym naruszył art. 90 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, względnie art. 26 ust. 3a Pzp lub art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący wskazał, że od pełnomocnictwa udzielonego przez Ferrovial Agroman S.A. na rzecz Pana J. C. G. L. R. zaczął się ciąg pełnomocnictw, które mają znaczenie dla ważności oferty złożonej w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum Budimex-Ferrovial. Podniósł, że:

1. z treści pełnomocnictwa udzielonego Panu J.C. G-L. R. nie wynika, aby ten uprawniony był do reprezentowania wykonawcy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. brak innego oprócz aktu notarialnego dowodu, że Pan A. d. I. J. R. d. V. pełniący funkcję Dyrektora Zarządzającego posiadał uprawnienia aktualne na dzień udzielania pełnomocnictwa Panu J.C. G-L. R. . Do formularza oferty konsorcjum Budimex nie załączono bowiem odpisu z hiszpańskiego Rejestru Handlowego, na podstawie którego zamawiający mógłby zweryfikować, że osoba ta w rzeczywistości została powołana. Wpis do rejestru handlowego dotyczący powołania Dyrektora Zarządzającego/ Delegowanego, ma charakter konstytutywny, co wynika z art. 249 ust. 2 hiszpańskiej Ustawy o Spółkach Kapitałowych.

Odwołujący zarzucił, że w pełnomocnictwie, sporządzonym w języku hiszpańskim, którego tłumaczenie przysięgłe załączono, brakuje str. od 15 do 16, zawierającej punkty od 21 do 23. Punkty te znajdują się jedynie w tłumaczeniu

przysięgłym, niemniej nie sposób w takiej sytuacji potwierdzić integralności i kompletności tego dokumentu, w szczególności, że w takiej formie została mu nadana klauzula apostille.

Zdaniem odwołującego w tych okolicznościach faktycznych zamawiający powinien zastosować art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Odwołujący wskazał, że o ile Izba nie nakaże odrzucenia oferty konsorcjum Budimex, to zamawiający powinien poprzedzić czynność odrzucenia oferty na ww. podstawie wezwaniem do uzupełnienia właściwego dokumentu pełnomocnictwa w oparciu o art. 26 ust. 3a Pzp lub też wezwaniem do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp co do innych dokumentów, o których mowa w treści pełnomocnictwa.

Wykonawca China Harbour Engineering Company Ltd. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Konsorcjum Budimex przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wnieśli odpowiednio o uwzględnienie oraz o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 9 września 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

### **Odwołanie wniesione przez konsorcjum Budimex (sygn. akt KIO 1682/19):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Besix wobec przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd przez konsorcjum Besix, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, poprzez przedstawienie w ofercie oraz w składanych dokumentach i oświadczeniach, opisanych w uzasadnieniu odwołania informacji dotyczących spełniania warunku określonego w Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. b) SIWZ, dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy (Wykaz osób - według Zał. nr 7 do SIWZ - poz. 2. Pan D. W.) oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na fakt, że konsorcjum Besix nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w

Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. b) SIWZ;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Besix wobec przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd przez konsorcjum Besix, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, poprzez przedstawienie w ofercie oraz w składanych dokumentach i oświadczeniach, opisanych w uzasadnieniu odwołania, informacji dotyczących spełniania warunku określonego w Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. i) SIWZ dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika robót w branży elektrycznej (Wykaz osób - według Zał. nr 7 do SIWZ - poz. 10. Pan Ł.C.), oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na fakt, że Konsorcjum Besix nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. i) SIWZ;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 i 1b Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Besix ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) SIWZ, dotyczącego budowy lub przebudowy falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln PLN brutto;
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Besix wobec przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd przez konsorcjum Besix, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, poprzez przedstawienie w ofercie oraz w składanych dokumentach i oświadczeniach, opisanych w uzasadnieniu odwołania, informacji dotyczących spełniania warunku określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) SIWZ dotyczącego budowy lub przebudowy falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln PLN brutto;
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 i 1 b) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Besix ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. c) SIWZ, dotyczącego budowy drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej, o wartości nie mniejszej niż 10 mln PLN brutto;
6. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania



konsorcjum Besix wobec przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd przez konsorcjum Besix, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przez przedstawienie w ofercie oraz w składanych dokumentach i oświadczeniach, opisanych w uzasadnieniu odwołania, informacji dotyczących spełniania warunku określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. c) SIWZ dotyczącego budowy drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej, o wartości nie mniejszej niż 10 mln PLN brutto;

7. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 i lb Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Besix ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. d) SIWZ, dotyczącego budowy drogi klasy co najmniej G o łącznej wartości nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto;
8. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Besix wobec przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd przez konsorcjum Besix, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przez przedstawienie w ofercie oraz w składanych dokumentach i oświadczeniach, opisanych w uzasadnieniu odwołania, informacji dotyczących spełniania warunku określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. d) SIWZ, dotyczącego budowy drogi klasy co najmniej G o łącznej wartości nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto;
9. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędne uznanie przez zamawiającego, że złożony przez konsorcjum Besix Kosztorys ofertowy 11.4. zawiera inne omyłki, których istotność pozwala na ich poprawienie (przez dopisanie dwóch pozycji w kosztorysie ofertowym), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Besix, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, względnie zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum Besix ze względu na błąd w obliczeniu ceny w zakresie, w jakim zostało to szczegółowo omówione w odwołaniu;
10. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędne uznanie przez zamawiającego, że złożony przez konsorcjum Besix Formularz cenowy (Załącznik 1a do SIWZ) zawiera inne omyłki, których istotność pozwala na ich

poprawienie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Besix, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, względnie zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum Besix ze względu na błąd w obliczeniu ceny w zakresie, w jakim zostało to szczegółowo omówione w odwołaniu;

11. art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofertach wykonawców w zakresie poz. 9. Kosztorysu ofertowego 6.0. Bramy i służby, co doprowadziło do sklasyfikowania oferty odwołującego za ofertą konsorcjum Besix i wybór najkorzystniejszej oferty wbrew kryteriom oceny ofert określonym w SIWZ;
12. art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a i 1b ppkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 4 Pzp w związku § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) przez zaniechanie wezwania konsorcjum Besix do wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego posiadane środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej przez zamawiającego wysokości, w sytuacji gdy konsorcjum Besix, składając zamawiającemu oświadczenie z banku z 24 lipca 2019 r., nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, z dokumentu tego bowiem nie wynika, w jakiej części pozostawały niewykorzystane środki kredytowe wymienione w tym dokumencie.
13. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że oferta złożona przez konsorcjum Besix jest ważna, mimo że zamawiający nie był w stanie zweryfikować poprawności podpisów elektronicznych złożonych pod pełnomocnictwem dla lidera konsorcjum Besix, a skutki takiej sytuacji winny obciążać wyłącznie wykonawcę i prowadzić do wniosku, że konsorcjum Besix nie wykazało istnienia prawidłowego umocowania osób składających ofertę w imieniu Konsorcjum Besix w dacie udzielenia pełnomocnictwa, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 i 3a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania konsorcjum Besix do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie istnienia prawidłowego umocowania pełnomocników działających w imieniu konsorcjum.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia konsorcjum Besix z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty konsorcjum Besix;
3. odrzucenie oferty konsorcjum Besix;
4. poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych w ofertach wykonawców, zgodnie z opisem zawartym w tym odwołaniu;  
ewentualnie, tj. na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań:
5. wezwania konsorcjum Besix do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia pełnomocnictw potwierdzających istnienie umocowania osób składających ofertę do działania w imieniu konsorcjum Besix;
6. wezwania konsorcjum Besix do wyjaśnienia dokumentu złożonego przez tego wykonawcę wraz z pismem z dnia 25 lipca 2019 r. na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej przez wskazanie, w jakiej części pozostawały niewykorzystane środki kredytowe wymienione w tym dokumencie.

W uzasadnieniu odnosząc się do opisanych zarzutów odwołujący wywodził, że składając oświadczenie, zgodnie z którym Pan D. W., w chwili pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, posiadał i nadal posiada kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa uprawniające go, zgodnie z prawem państw, w których realizowane były inwestycje wskazane w wykazie doświadczenia, do pełnienia w tych państwach funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności konstrukcyjnobudowlanej oraz inżynierijnotechnicznej, konsorcjum Besix przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, ponieważ w Katarze, Egipcie i Zjednoczonych Emiratach Arabskich (Abu Dhabi i Dubaj), do wykonywania każdego zawodu inżynierskiego wymagane jest uzyskanie uprawnień poprzez wpis w odpowiednim rejestrze. Na podstawie nieprawdziwych informacji zamawiający uznał, że konsorcjum Besix spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji ocenił tę ofertę jako najkorzystniejszą. Odwołujący podniósł, że bez jakiegokolwiek znaczenia jest okoliczność, czy w Belgii wymagane są uprawnienia budowlane, skoro żadna z robót wskazanych w doświadczeniu pana W. nie była realizowana w Belgii (w państwie pracodawcy). Konsorcjum Besix można zarzucić co najmniej działanie lub zaniechanie

nieumyślne, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jako że wykonawca ten nie dochował należytej staranności.

Na wypadek gdyby Izba nie podzieliła tej argumentacji odwołujący wskazał, że konsorcjum Besix podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał minimum 7 lat doświadczenia zdobytego „w zakresie uprawnień”, a tymczasem aż 8 pozycji z Wykazu robót odnosi się do pełnienia funkcji, co do których nie wykazano posiadania uprawnień.

Powyższa analiza potwierdza niewykazanie przez Konsorcjum Besix warunku określonego w Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. b) SIWZ w aspekcie szczegółowego doświadczenia. Odwołujący zarzucił również, że okres wykonywania w Katarze robót hydrotechnicznych przy Salwa Beach Resort podany w wykazie, jest dłuższy niż podany przez p. D. W. na LinkedIn, gdzie wskazano okres: marzec 2014 - maj 2015, obejmujący jedynie 13 pełnych miesięcy, co nie spełnia wymogu 18 miesięcy wynikającego z warunku określonego w Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. b) SIWZ. Ponadto w Zjednoczonych Emiratach Arabskich przy inwestycji Terminal przetadunku siarki 2 - Ruwais, D.W., zgodnie z oświadczeniem z serwisu LinkedIn, wykonywał czynności jedynie w okresie styczeń 2011 - grudzień 2011, tj. przez 10 pełnych miesięcy. Również i roboty budowlane nie wykazują zatem spełniania przez Konsorcjum Besix warunku szczegółowego dot. falochronu ze względu na zbyt krótki okres ich realizacji.

Odwołujący podniósł również, że konsorcjum Besix - na potwierdzenie obu warunków szczegółowych, składających się na warunek opisany w Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. b) SIWZ — przedstawiło roboty budowlane w Zjednoczonych Emiratach Arabskich - Sztuczne Wyspy Zakum o wartości 107.066.992,43. Tymczasem w ramach warunków szczegółowych zamawiający oczekiwał od wykonawców przedstawienia doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych w zakresie falochronów min. 100 mln zł brutto i budowę nabrzeża o wartości min. 60 mln zł brutto, zatem wykonawcy powinni byli wykazać się robotami, których wartość łącznie sumuje się do 160 mln zł. Z uwagi na powyższe, powoływanie przez konsorcjum Besix doświadczenia Kierownika Budowy o wartości 107.066.992,43 PLN nie spełnia jednocześnie warunków szczegółowych w zakresie budowy falochronów i nabrzeża.

Odwołujący zarzucił, że konsorcjum Besix przedstawiło informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, również w odniesieniu do czasu wykonywania

czynności przez Pana Ł.C., który jako kierownik robót w branży elektrycznej przy budowie budynku usługowego „Rotundy” PKO BANK POLSKI S.A. nie wykonywał żadnych czynności w zakresie swoich uprawnień, o których mowa w Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. i) SIWZ, w okresie prac rozbiórkowych (10 lutego 2017 r. - 18 września 2017 r. a tym bardziej w okresie wstrzymania budowy przez konserwatora zabytków (16 marca 2017 r. - 3 kwietnia 2017 r. Również nieprawdziwe są informacje, że p. Ł.C. wykonywał czynności w zakresie uprawnień w okresie: 10.2012 r. -10.2013 r. przy inwestycji "Rewitalizacja zabytkowego zespołu Hipodromu w Sopocie wraz z remontem i rozbudową", gdyż umowę z generalnym wykonawcą podpisano 1 grudnia 2012 r. Łączne doświadczenie Pana Ł.C. sumuje się zatem do 56 miesięcy, co nie spełnia wymaganych 5 lat (60 miesięcy) z Rozdziału V pkt 1.3.2 lit. i) SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, Konsorcjum Besix nie wykazało spełnienia warunku z Rozdziału V pkt 1.3.2 lit. i) SIWZ. Wobec tego obowiązek wykluczenia Konsorcjum Besix materializuje się z chwilą, gdy zamawiający dowiedział się o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i nie ma podstaw prawnych do ewentualnego uzupełniania, czy poprawiania nieprawdziwych informacji.

Odwołujący zarzucił, że konsorcjum Besix nie może powołać się na doświadczenie Most Sp. z o.o. uzyskane w związku z wykonaniem budowy drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej WD-1 Inflancka w ramach inwestycji pn. „Przebudowa obiektów inżynierskich w ciągu ul. Krzywoustego nad ul. Inflancką i ul. Chartowo w Poznaniu i składając oświadczenie w tym zakresie wprowadziło zamawiającego w błąd gdyż inwestycja ta była zrealizowana przez konsorcjum Most Sp. z o.o. i Polbud - Pomorze Sp. z o.o. Zamawiający nie może również uwzględnić doświadczenia wskazanego przez konsorcjum Besix w ramach uzupełnienia, gdyż doszłoby do niedopuszczelnego zastąpienia informacji nieprawdziwej przez prawdziwą informację.

Odwołujący zarzucił, że konsorcjum Besix wprowadziło również zamawiającego w błąd w zakresie dysponowania zdolnością techniczną lub zawodową w terminie składania ofert. Wykonawca ten nie złożył bowiem na dzień składania ofert zobowiązania Most sp. z o.o. do udostępnienia potencjału w zakresie wykonania roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej WD-1 Inflancka, mimo że obowiązek taki wynikał z postanowień SIWZ. Konsorcjum nie zadeklarowało również, że umowę w tym zakresie wykona za

pomocą podwykonawców. Ponadto zobowiązanie Most Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów nie może zostać uwzględnione, gdyż zostało wystawione po upływie terminu składania ofert, co w zestawieniu z pozostałymi okolicznościami potwierdza, że konsorcjum Besix nie dysponowało zasobami Most Sp. z o.o. w dacie składania ofert.

Konsorcjum Besix nie może powoływać się również na doświadczenie uzyskane przez NDI S.A. w związku z budową autostrady A1, gdyż również ta budowa była zrealizowana wspólnie ze SKANSKA S.A. Uznanie, że NDI S.A. nabyła całe doświadczenie związane z budową A1 przez sam fakt wejścia do „konsorcjum zintegrowanego”, stanowiłoby wypaczenie tez stawianych przez TSUE w wyroku w sprawie Esaprojekt. TSUE wprost odnosi się do faktycznego i konkretnego uczestnictwa w realizacji zamówienia referencyjnego. W ocenie odwołującego, jest to możliwe przez bezpośrednią realizację i odpowiedzialność za określoną część zamówienia, a konsorcjum Besix nie wyjaśniło, aby mogło się taką realizacją wykazać. Zamawiający poddał badaniu i ustalił realny udział NDI S.A. przy realizacji tego zamówienia, który wykonawca określił na 20%. Z wyjaśnień nie wynika jednak, aby podmiot ten mógł legitymować się doświadczeniem w zakresie budowy drogi klasy co najmniej G, a nie jedynie pewnym wycinkiem tej inwestycji, np. w zakresie wykonania podbudowy. W związku z zasadą jednokrotności wezwania (na którą powołuje się również samo konsorcjum Besix), Konsorcjum Besix nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. d) SIWZ. Taką samą argumentację odwołujący podniósł wobec inwestycji „LNG Wheatstone Obiekty morskie - urządzenia do wyładunku materiałów i falochron” wskazanej zamawiającemu przez konsorcjum Besix w ramach uzupełnienia.

Za nieuprawnione uznał odwołujący poprawienie przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oferty konsorcjum Besix przez dopisanie pozycji. 4.19 oraz 4.20 oraz cen przez analogię do poz. 3.19 i poz. 3.20 kosztorysu ofertowego 11.4. Odwołujący podniósł, że nie sposób na podstawie dokumentów składających się na ofertę konsorcjum ustalić, czego skutkiem jest brak wyceny poz. 4.19 i 4.20. Wywodził, że istnieją dwa sposoby poprawienia oferty konsorcjum Besix, zatem działanie zamawiającego uznać należy za naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz prowadzenie niedozwolonych negocjacji ceny oferty. Zamawiający nie dysponuje informacją, w jaki sposób konsorcjum Besix wyceniłoby te pozycje, gdyby ich nie

pominęło. Pozycje o identycznych nazwach znajdują się bowiem w różnych miejscach w ofercie, a mimo to są różnie wyceniane przez konsorcjum.

Odwołujący zarzucił również, że konsorcjum Besix wyceniło - ujęło w swojej cenie ofertowej - „nowy”, bliżej nieznany zakres robót, który nie wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym sposób skonstruowania przez wykonawcę Formularza cenowego, w którym pojawiły się dodatkowe pozycje 7.3 i 7.4.2. względem wymagań Zamawiającego, osobno wycenione i doliczone do ceny ofertowej. Tymczasem zamawiający w piśmie z dnia 27 czerwca 2019 r., poinformował, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonuje poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej zmiany. Konsorcjum Besix wprowadziło bowiem nowy, odmienny od wynikającego z SIWZ (zarówno pierwotnego, jak i zmienionego w dniu 20 maja 2019 r.) opis pozycji Formularza cenowego zastosowanego przez siebie. Taki zakres zmian w Formularzu cenowym, którego skutkiem jest wycena w ofercie prac nieobjętych SIWZ, stanowi wyraz świadomego działania wykonawcy (wymagała jego aktywności i świadomej modyfikacji wzoru Formularza udostępnionego przez Zamawiającego), nie zaś niezamierzonej, przypadkowej niedokładności.

Odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w zakresie poz. 9. Kosztorysu ofertowego 6.0 Bramy i śluzy w ofercie odwołującego oraz pozostałych wykonawców, pomimo że powinien był to uczynić zgodnie z udzielonymi przez siebie odpowiedziami wyjaśniającymi treść SIWZ.

Zakwestionował również opinię bankową potwierdzającą spełniania przez konsorcjum Besix warunku w zakresie zdolności finansowej. W opinii wskazano, że N.V. Besix S.A. posiada przyznane linie kredytowe na łączną kwotę 100 mln EUR, jednak nie wynika z niej, jaki jest faktyczny stopień wykorzystania środków przyznanych w ramach linii kredytowych. Wobec powyższego zamawiający powinien wezwać konsorcjum Besix w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia stopnia wykorzystania przyznanych produktów kredytowych. Zamawiający wyjaśnienia tych okoliczności zaniechał.

Odwołujący podniósł ponadto, że wobec braku możliwości pełnej weryfikacji podpisu Pana C.J.S. jednej z osób udzielających w imieniu lidera konsorcjum pełnomocnictwa Panu K. K., który podpisał ofertę, obowiązkiem zamawiającego było wezwanie konsorcjum Besix do złożenia w tym zakresie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 3a Pzp lub uzupełnienia pełnomocnictwa. Zamawiający powinien był ocenić

skuteczność złożonych kwalifikowanych podpisów elektronicznych, w szczególności podpis p. C.J.S., podobnie jak w przypadku dokumentów podpisywanych własnoręcznym podpisem, a wobec braku technicznych możliwości dokonania takiej oceny (*vide*: komunikaty pojawiające się przy weryfikacji podpisu) wezwać Konsorcjum Besix do stosownych wyjaśnień i/lub uzupełnienia wadliwych pełnomocnictw. Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie niewystarczające mogło się okazać złożenie przez konsorcjum Besix samych tylko wyjaśnień co do tego, jakie potencjalne problemy techniczne powodują brak możliwości weryfikacji podpisu (jeśli takie w rzeczywistości istnieją, a źródłem „problemu” nie jest nieprawidłowość w złożeniu podpisu). Wykonawca powinien wykazać: 1) w jakiej dacie pełnomocnictwo zostało udzielone, 2) że osoba składająca podpis pod ofertą miała ważny w dacie udzielania pełnomocnictwa kwalifikowany podpis elektroniczny, 3) że wykorzystując ten podpis, udzieliła pełnomocnictwa o treści okazanej zamawiającemu.

Wykonawca China Harbour Engineering Company Ltd przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Konsorcjum Besix przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wnieśli odpowiednio o uwzględnienie oraz o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z 9 września 2019 r. odpowiedział na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania.

Konsorcjum Besix w piśmie procesowym z tej samej daty odniosło się do zarzutów i uzasadnienia odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zarzuty dotyczące uprawnień Pana D.W. oraz zdolności kredytowej konsorcjum Besix zostały rozpoznane w związku ze sprzeciwem złożonym przez konsorcjum (art. 186 ust. 4 Pzp). Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron uwzględnił te zarzuty.

Wydając rozstrzygnięcie Izba oparła się na dowodach wskazanych w treści uzasadnienia powołanych przez strony i przystępujących. Uwzględniono również



postanowienia SIWZ, dokumentów składających się na ofertę oraz korespondencji prowadzonej w toku postępowania między zamawiającym a wykonawcami. Zostały one wskazane w uzasadnieniu.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie wniesione przez China Harbour Engineering (sygn. akt KIO 1669/19):**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy doprowadziły do zaniechania odrzucenia ofert konkurentów, co stoi na przeszkodzie uznania za najkorzystniejszą oferty odwołującego. Oznacza to, że odwołujący może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut dotyczący zmian ceny oferty i negocjacji treści oferty konsorcjum Besix.

Zamawiający w rozdziale X pkt 1 SIWZ wskazał, że oferta musi zawierać m.in. wypełniony formularz ofertowy (sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik Nr 1 do SIWZ), wypełniony formularz cenowy (sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a do SIWZ) i kosztorysy ofertowe (wycenione przedmiary robót) sporządzone w oparciu o dokumentację techniczną i OPZ (stanowiące załączniki do SIWZ). W rozdziale XII SIWZ zamawiający podał opis sposobu obliczania ceny oferty. Wskazał w pkt 1, że cena realizacji zamówienia, czyli łączna cena ofertowa brutto, powinna zostać podana w formularzu ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Zgodnie z pkt 2 cena oferty to suma cen za wykonanie robót budowlanych wskazanych w formularzu cenowym. Natomiast zgodnie z pkt 3 cena oferty musi być zgodna z kosztorysami ofertowymi (wycenionymi przedmiarami robót) sporządzonymi przez wykonawcę w oparciu o dokumentację projektową i przedmiary robót.

Zamawiający 7 marca 2019 r. dokonał zmiany formularza ofertowego w ten sposób, że nakazał wykonawcom wyodrębnienie z ceny całej oferty ceny za usunięcie obiektów ferromagnetycznych z obszaru lądowego wraz z utylizacją.

Konsorcjum Besix złożyło ofertę, gdzie cena za usunięcie obiektów ferromagnetycznych z obszaru lądowego wraz z utylizacją nie została odrębnie wskazana. Cena ta została podana w poz. 16 Formularza cenowego. W związku z tym zamawiający poprawił ofertę konsorcjum Besix przez wyodrębnienie w cenie brutto kwoty wynikającej z poz. 16 Formularza cenowego. Zamawiający poprawił również inne stwierdzone przez siebie omyłki rachunkowe oraz omyłki niebędące omyłkami rachunkowymi lub omyłkami pisarskimi, o czym poinformował konsorcjum Besix pismem z 27 czerwca 2019 r. Pismem z 1 lipca 2019 r. konsorcjum wyraziło zgodę na dokonane poprawki, jednak ze wskazaniem, że w odniesieniu do części z nich zamawiający popełnił błędy wynikające z nieprawidłowego przeniesienia wartości z kosztorysu ofertowego poz. 8.1. W odpowiedzi zamawiający dokonał ponownego sprawdzenia oferty i korekty, o czym poinformował konsorcjum pismem z 5 lipca 2019 r.

W związku z dokonanymi poprawkami zmianie ulegała cena oferty. Cena wskazana w formularzu ofertowym wynosiła 992.528.572,81 zł, po dokonaniu poprawek przez zamawiającego wskazana pismem z 27 czerwca 2019 r. - 991.622.773,37 zł, po korekcie dokonanej pismem z 5 lipca 2019 r. – 991.622.781,98 zł, która została podana w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zachowując chronologię ustaloną w odwołaniu Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie doszło do niedozwolonych negocjacji treści oferty między zamawiającym a konsorcjum, której odwołujący upatrywał w zmianie ceny oferty. Za takie działanie nie może być poczytane poprawienie omyłek rachunkowych w kosztorysach oraz poinformowanie o tym wykonawcy. Równie trudno uznać za propozycję negocjacyjną ze strony wykonawcy zwrócenie uwagi zamawiającemu na pomyłki zaistniałe w związku z poprawą polegające na błędnym przepisaniu wartości oraz uwzględnienie uwag wykonawcy przez zamawiającego. Dostrzec bowiem trzeba, że czynności zamawiającego oraz stanowisko konsorcjum Besix wynikały z działań matematycznych (na liczbach) i były dokonywane na podstawie danych wskazanych w dokumentach składających się na ofertę. Odwołujący nie podnosi zarzutu wobec rezultatu tych poprawek, a zarzut swój opiera jedynie na fakcie, że

cena oferty zmieniała się. Działania zamawiającego były przejrzyste, zostały udokumentowane i są możliwe do weryfikacji. Zamawiający poprawiał omyłki w kosztorysach również innych wykonawców, tam gdzie je stwierdził, brak jest zatem uzasadnionych podstaw do uznania, by zamawiający faworyzował w tym zakresie konsorcjum Besix oraz naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Nie mogą być poczytane za niedozwolone negocjacje treści oferty te działania zamawiającego, do dokonania których jest on zobowiązany przepisami ustawy. Obowiązek poprawienia oferty wykonawcy obciążonej błędami rachunkowymi lub błędami polegającymi na niezgodności oferty z SIWZ wynika bezpośrednio z art. 87 ust. 2 i 3 Pzp, a w okolicznościach sporu zamawiający czynności poprawy dokonywał wyłącznie na podstawie informacji zawartych w dokumentach, które składały się na ofertę. Nie doszło zatem do swobodnej kreacji nowego oświadczenia, co jest istotą negocjacji.

Cena usunięcia obiektów ferromagnetycznych wynika wprost z poz. 16 formularza cenowego, co z kolei uzasadnia poprawienie formularza ofertowego na podstawie tego samego przepisu. Zamawiający usunął w ten sposób niezgodność między treścią dokumentów składających się na ofertę, co nie narusza przepisów ustawy.

## 2. Zarzut pominięcia pozycji 4.19 i 4.20 kosztorysu 11.4 przez konsorcjum Besix.

W kosztorysie ofertowym 11.4 Instalacja maszynowni zamawiający wymagał wykonania pomiarów dla szyn uziemiających oraz sprawdzenia wyłączenia zasilania. Kosztorys ten obejmuje m.in. wykonanie instalacji budynku mostu północnego i budynku mostu południowego. Kosztorys ofertowy konsorcjum Besix dotyczący budynku mostu południowego nie zawiera tych pozycji tj. 4.19 i 4.20. Pozycje o takiej samej treści zawiera kosztorys dotyczący mostu północnego, są to pozycje 3.19 i 3.20.

Zamawiający po stwierdzeniu powstałego uchybienia dokonał poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w ten sposób, że uzupełnił kosztorys ofertowy konsorcjum Besix o pozycje 4.19 i 4.20 uwzględniając cenę wskazaną w pozycjach 3.19 i 3.20, o czym poinformował wykonawców pismem z 27 czerwca 2019 r.

Dokonana poprawa spowodowała wzrost ceny oferty konsorcjum Besix o 489 zł 40 gr.

Izba uznała, że poprawienie przez zamawiającego oferty konsorcjum Besix w zakresie dwóch pominiętych pozycji kosztorysu, w ten sposób, że zamawiający dopisał te pozycje do kosztorysu, odpowiada prawu. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie będących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub oczywistymi omyłkami rachunkowymi, jeśli poprawa nie spowoduje istotnych zmian treści oferty. Przepis ten, pomimo nieostrości zawartych w nim przesłanek oraz ocennego charakteru, zawiera jasną dyrektywę. Zakres możliwości poprawienia omyłek wykonawcy nie jest ograniczony rodzajem tych omyłek, a jedynie ich znaczeniem dla treści oferty, czyli świadczenia, do wykonania którego zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Orzecznictwo wypracowało dodatkowe zasady w tym zakresie uniemożliwiające arbitralność zamawiającego przy dokonywaniu poprawy. Przede wszystkim niezgodność treści oferty z treścią SIWZ musi być następstwem omyłki, a nie świadomego działania wykonawcy. Dane umożliwiające poprawienie powinny być w posiadaniu zamawiającego i wynikać z treści oferty oraz powinien istnieć jeden sposób poprawienia omyłki (przykładowo wyroki Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 2288/10, KIO 49/13). Zdaniem Izby dwie ostatnie reguły powinny być rozumiane w ten sposób, że działanie zamawiającego powinno mieć charakter obiektywny, czyli wynikający wprost z oferty. W przeciwnym razie czynność zamawiającego nie nadawałaby się do weryfikacji.

Zamawiający nie naruszył żadnego z tych pryncypiów. Przede wszystkim pominięte pozycje 4.19 i 4.20 nie mają istotnego znaczenia w kontekście całej umowy. Rozmiar i sposób złożoności całego przedsięwzięcia w zestawieniu z treścią i wartością pominiętych pozycji nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do ich marginalnego znaczenia z punktu widzenia wykonania całej umowy. Zamawiający z łatwością mógł stwierdzić niezgodność oferty zestawiając ją z przedmiarem robót oraz innymi kosztorysami ofertowymi, wiedział więc, o jaką treść – w znaczeniu przedmiotowym – należy uzupełnić ofertę konsorcjum Besix. Zamawiający nie miał dowolności w tym zakresie, gdyż jedynym prawidłowym działaniem było dopisanie pominiętych dwóch pozycji kosztorysowych w brzmieniu wynikającym z przedmiaru. Również wartość tych dwóch pozycji miała znikome znaczenia z punktu widzenia

ceny oferty, a zamawiający był w posiadaniu danych umożliwiających mu uzupełnienie cen jednostkowych. Uzupełnienie danych liczbowych, w tym cen, wskazanych w ofercie może w granicach art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp może nastąpić nie tylko wtedy kiedy możliwe jest obliczenie pominiętych wartości na podstawie innych danych zawartych w ofercie, ale również wtedy, gdy zamawiający dane te posiada w ofercie i nie musi ich obliczać. Skoro niespornie w tej części oferty dotyczącej wykonania budynków mostów wykonawca posługiwał się wyłącznie cenami jednostkowymi o danej wartości, brak jest racjonalnego uzasadnienia dla zastosowania innych cen, skoro zakres przedmiotowy obu kosztorysów dotyczących budynków mostów był taki sam. W okolicznościach sporu istniał jeden obiektywny i racjonalny sposób uzupełnienia ceny pominiętych pozycji kosztorysowanych.

W ocenie Izby, w sytuacji gdyby wartość cen jednostkowych pominiętych pozycji kosztorysowych nie byłaby możliwa do ustalenia, zamawiający zobowiązany byłby do poprawienia omyłki w ten sposób, że wartość ta wynosiłaby 0 zł. Biorąc bowiem pod uwagę znaczenie tych pozycji tak wobec rozmiarów i złożoności przedmiotu zamówienia, jak i ich udziału w cenie całej oferty, odrzucenie oferty wyłącznie z powodu braku pozycji 4.19 i 4.20 w kosztorysie ofertowym konsorcjum Besix stanowiłoby naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i stałoby w rażącej sprzeczności z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Fakt, że w kosztorysach ofertowych dotyczących innych elementów zamówienia pozycje pomiarów dla szyn uziemiających oraz sprawdzenia wyłączenia zasilania były wycenione inaczej, nie jest dostatecznym argumentem wobec okoliczności, że zamawiający miał dane dotyczące identycznego budynku. Trudno zatem przypuszczać, żeby wykonawca chciał zastosować cenę z pozycji, wprowadzając takiej samej przedmiotowo, ale dotyczącej innego budynku, gdzie indziej położonego oraz materiału o innych cechach.

Izba nie miała wątpliwości, że pominięcie dwóch pozycji kosztorysowych nastąpiło skutkiem omyłki, a nie świadomego działania wykonawcy. Uchybienie takie zdarzają się w sytuacji, gdy przedmiary robót są bardzo rozbudowane. Wykonawca nie odnosi również żadnej korzyści z pominięcia tych pozycji z uwagi na ich marginalne znaczenie w całości inwestycji, przeciwnie naraża się na skutki swego błędu, którym w skrajnym przypadku może być odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający działając w granicach art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp usunął niezamierzone przez konsorcjum Besix zniekształcenie jego oświadczenia zawartego w ofercie i nie dopuścił się naruszeń wskazanych przez odwołującego.

3. Zarzut zaniżenia wartości cen jednostkowych przez konsorcjum Besix i konsorcjum Budimex.

Izba postanowiła odnieść się do zarzutów kierowanych wobec ofert obu konsorcjów łącznie.

Okoliczności faktyczne ujawnione w odwołaniu nie są sporne. Dokonana przez konsorcjum Budimex wycena: ułożenia geowłókniny na sztucznej wyspie (kosztorys 14.0 Sztuczna Wyspa, pozycja 2.d.1) oraz kosztu wykonania ścian szczelinowych w kanale żeglugowym są najniższymi wartościami wskazanymi w postępowaniu przez wykonawców. Cena jednostkowa w ofercie konsorcjum Besix za ułożenie geowłókniny jest ceną drugą w kolejności po cenie ustalonej przez konsorcjum Budimex, natomiast cena narzutu z kamienia to cena trzecia w kolejności. Znacznie niższe wartości ma również wycena konsorcjum Budimex w pozycjach: narzut z kamienia na sztuczną wyspę (kosztorys 14.0 Sztuczna Wyspa, pozycje 3.d.1 oraz 4.d.1), ułożenie geowłókniny na sztucznej wyspie (kosztorys 14.0 Sztuczna Wyspa, pozycje 1.d.1 oraz 2.d.1), wykonanie mikropali w kanale żeglugowym (kosztorys 2.0 Kanał żeglugowy, pozycje 30.d.4 oraz 31.d.4), koszt transportu urobku (gleby) na plażę odległą o 15 km (kosztorys 2.0 Kanał żeglugowy, pozycje 69.d.8 oraz 75.d.7 oraz 3.d.1), kosztu wykonania ścian szczelinowych w kanale żeglugowym. Kwestie te zostały graficznie zobrazowane w odwołaniu i ich powielanie jest zbędne.

Odwołujący wskazał jako podstawy prawne zarzutu liczne przepisy ustawy, natomiast istotą sporu okazało się to, czy zamawiający powinien występować do konsorcjum Besix i konsorcjum Budimex o wyjaśnienia cen tych pozycji. Pozostałe zarzuty odwołania, w tym zamiar zastosowania materiału o innych parametrach oraz wykonania przedmiotu zamówienia niezgodnie z opisem lub decyzją środowiskową mają swoje źródło w zaniżeniu cen jednostkowych. To zaniżenie powinno być w ocenie odwołującego podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jednak czynność odrzucenia oferty musi być każdorazowo poprzedzona wyjaśnieniami wykonawcy. Nie jest też dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jedynie z powodu arytmetycznego porównania ceny i

stwierdzenia różnicy w cenach ofert, nawet znaczącej. Obowiązek uzyskania przez zamawiającego wyjaśnień ceny oferty lub istotnych części oferty przed odrzuceniem oferty wynikający z przepisów ustawy jest potwierdzony jednolitym orzecznictwem Izby i sądów okręgowych.

Żądaniu wyjaśnienia w zakresie ceny oferty ustawodawca poświęca dwa przepisy. Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi *in initio*, 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. Natomiast art. 90 ust. 1a Pzp głosi, że w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W okolicznościach sporu, gdzie cena każdej ze złożonych ofert jest wyższa niż wartość przedmiotu zamówienia, a ceny ofert konsorcjum Besix i konsorcjum Budimex nie są niższe o 30% od średniej ceny wszystkich ofert zastosowanie znajduje pierwszy z powołanych przepisów. Podkreślić jednak należy, że w obu przypadkach punktem wyjścia dla zaistnienia przypuszczenia, że doszło do zaniżenia ceny, jest odniesienie do wartości przedmiotu zamówienia, która powinna być oszacowana przez zamawiającego z należytą starannością lub zaktualizowana po wszczęciu postępowania, a ponadto zaniżenie powinno dotyczyć istotnej części składowej zamówienia.

Ciężar dowodu, że nastąpiło rażące zaniżenie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że dotyczy ono istotnej części składowej zamówienia, spoczywa na

wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego odrzucenia ofert konkurentów (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp). Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się kontradiktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody a organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (przykładowo: wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: sygn. akt II CSK 293/07, sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach sygn. akt V ACa 175/08, wyroki Izby w sprawach: sygn. akt KIO 1639/11, sygn. akt KIO 54/12, sygn. akt KIO 2674/17). 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). W okolicznościach sporu to od odwołującego należało oczekiwać wykazania, że zniżenie ceny dotyczy istotnych części składowych przedmiotu zamówienia oraz, że ma to znaczenie dla przedmiotu zamówienia jako całości. 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 zniżenie 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.

Również raport złożony na rozprawie oparty jest na wyliczeniach i wyprowadzanych z nich przypuszczeniach odwołującego, co nie może odnieść zamierzonego skutku. Zaniechane powinności dowodowe nie mogą być uzupełniane przez powołanie się na dowody złożone przez innego wykonawcę, jak chciałby to uczynić odwołujący wskazujący, w piśmie procesowym złożonym po rozpoznaniu podniesionych przez niego zarzutów na dowody powołane przez odwołujących się w sprawach o sygn. akt KIO 1679/19 i 1682/19. Łączne rozpoznanie odwołań wniesionych w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty nie zwalnia żadnego z wykonawców z indywidualnej odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego wywołanego wniesionym przez siebie odwołaniem.

W konkretnych okolicznościach sprawy Izba uznała, że żądanie badania cen jednostkowych nie znajduje dostatecznego uzasadnienia, tak wobec brzmienia art. 90 ust. 1 Pzp, jak i wyników postępowania dowodowego. 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 należytą 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.

Izba uwzględniła, że średnia cena wszystkich złożonych ofert wynosi 1.072.490.863 zł, natomiast zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia kwotę 718.094.717 zł. Cena oferty konsorcjum Besix to 991.622.781,98 zł i jest 8% niższa od średniej cen wszystkich ofert oraz o 38% wyższa niż budżet zakładany przez zamawiającego. Cena konsorcjum Budimex jest zbliżona i wynosi 992.528.590,03.

W realiach sprawy, gdzie zamówienie ma dotyczyć jedynie wykonania robót budowlanych z pozostawieniem wykonawcom doboru technologii wykonania, 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.

Kierowanie się indywidualnymi uwarunkowaniami przez poszczególnych wykonawców potwierdzają różnice w innych kosztorysach ofertowych, w których zbiorcze wartości oraz niektóre pozycje cen jednostkowych odwołującego są niższe niż ceny konsorcjum Besix. Przykładowo w zakresie prac dotyczących części wschodniej portu osłonowego cena odwołującego jest o 25 % niższa od średniej ceny wszystkich złożonych ofert, o 34% niższa od ceny konsorcjum Budimex i o 30% od ceny oferty konsorcjum Besix.

Nie sposób też pominąć, że w okolicznościach sprawy uzyskane wyjaśnienia mogłyby mieć ograniczone zastosowanie z uwagi na znaczące niedoszacowanie wartości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Również z tej przyczyny kosztorys przygotowany przez zamawiającego w związku z ustaleniem wartości zamówienia nie może być miarodajnym punktem odniesienia do oceny prawidłowości cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach przez poszczególnych wykonawców. Nie wiadomo, w którym elemencie zamówienia pojawiło się niedoszacowanie i nie można wykluczyć sytuacji, że zaniżeniu niektórych pozycji kosztorysu towarzyszy zawyżenie cen innych pozycji.

#### 4. Zarzut różnic w cenach jednostkowych za pogłębianie falochronu i pogłębianie kanału w ofercie konsorcjum Budimex.

W odniesieniu do zarzutu kierowanego pod adresem oferty konsorcjum dotyczącego różnicy w cenie pogłębiania na obiekcie falochronu i ceny pogłębiania kanału podobnie jak zarzutu dotyczące zaniżenia wartości cen jednostkowych Izba zajmuje takie same stanowisko.

Brak jest uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że wykonawca na dwóch różnych obiektach, gdzie panują inne warunki, powinien stosować takie same ceny jednostkowe.

#### 5. Zarzuty dotyczące zamiaru nieprawidłowego wykonania zamówienia.

Wnioski wyprowadzane z wartości cen jednostkowych dotyczące zmiany technologii, wykonania robót budowlanych niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, co do zakresu oraz jakości materiału lub decyzją środowiskową okazały się całkowicie gołosłowne i z braku jakichkolwiek dowodów Izba uznała je za nietrafne.

Rozstrzygnięcia dokonywane w postępowaniu odwoławczym nie mogą się opierać na przypuszczeniach stron tego postępowania, lecz muszą mieć oparcie w ocenie dowodów złożonych przez stronę podnoszącą zarzut. Strona, która nie udowadnia swych twierdzeń, ponosi konsekwencje tego zaniechania, a jest nią negatywny wynik sporu.

Mając na uwadze wyniki postępowania dowodowego Izba uznała, że nie doszło do zaniżenia cen ofert konsorcjum Besix i konsorcjum Budimex, a zamawiający otrzymał oferty porównywalne, oferujące wykonanie całego przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem dokonany w SIWZ

#### **Odwołanie wniesione przez konsorcjum Besix (sygn. akt KIO 1679/19):**

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że konsorcjum Besix jest uprawnione do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. W okolicznościach sporu, gdzie łącznemu rozpoznaniu podlegają również odwołania kwestionujące wynik postępowania, fakt uznania za najkorzystniejszą oferty konsorcjum Besix traci na doniosłości. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego źródłem interesu konsorcjum Besix w uzyskaniu danego zamówienia jest sam fakt złożenia oferty w tym postępowaniu oraz okoliczność, że zamówienie nie zostało jeszcze udzielone, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta. Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (uchwała Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP 103/10) i dopóki

wykonawca nie zawrze umowy, jego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie zostaje zaspokojony.

Konsorcjum Besix może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przesłanka szkody powinna być badana w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznie danego postępowania odwoławczego. Szkada, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale też ewentualny. W pierwszym przypadku wykonawca zostaje pozbawiony wprost możliwości uzyskania zamówienia, w drugim przypadku jest jedynie zagrożony możliwością poniesienia szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Taka możliwość istnieje w stosunku do odwołującego, którego oferta wprawdzie została wybrana, jednak wybór ten jest kwestionowany przez konkurentów. Możliwości prawne odwołującego nie mogą zatem wyczerpywać się jedynie w obronie swojej oferty, gdyż jeśli ta się nie powiedzie, zamawiający może udzielić zamówienia jego konkurentowi, a odwołujący może jedynie dochodzić swoich praw przed sądem okręgowym. Z uwagi na niesuspensywny charakter skargi na orzeczenie Izby w konsekwencji może dojść nie tylko do udzielenia zamówienia konkurentowi odwołującego, ale też do naruszenia przepisów ustawy w związku z tym wyborem, jeżeli zamawiający wybierze ofertę podlegającą odrzuceniu.

Oznacza to również istnienie związku przyczynowego między możliwością poniesienia szkody przez odwołującego a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Prezentowana interpretacja sprzyja szybkości postępowania o udzielenie zamówienia, daje możliwość badania szerokiego spektrum zarzutów i ogranicza nie leżącą w interesie publicznym przewlekłość postępowania o udzielenie zamówienia.

Omawiana wykładnia art. 179 ust. 1 Pzp kształtuje się w orzecznictwie Izby. Została wyrażona między w innymi w sprawach: KIO 1028/14 i 1029/14 oraz KIO 1499/17, KIO 2006/17.

Wobec potwierdzenia materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania Izba rozpoznała zarzuty podniesione w odwołaniu i stwierdziła, że nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że konsorcjum Budimex zaniżyło wartość cen jednostkowych w pozycjach:

- 1.d.1. Układanie geowłókniny PVA lub PET - nośność na rozciąganie 300 kN/m;
- 3.d.1. Narzut z kamienia łamanego o masie do 500 kg pod wodą z jednostek pływających;
- 4.d.1. Narzut z kamienia łamanego o masie min. 1350 kg na skarpach wykonywany z wody;
- 8.d.1. Dowóz materiału na wał wyspy - grunt pozyskany z wykopów lądowych;
- 9.d.1. Zасыpywanie wału wyspy piaskiem, pozyskanym z wykopów lądowych.

Okoliczności faktyczne: wysokość cen w ofertach poszczególnych wykonawców, postanowienia SIWZ dotyczące terminu wykonania sztucznej wyspy oraz pytania i odpowiedzi zadawane i udzielane w związku z treścią SIWZ zostały opisane w odwołaniu, ich przywoływanie w tym miejscu jest zbędne.

W tym zakresie Izba ponawia argumentację dotyczącą zarzutów zaniżenia cen jednostkowych powołaną w związku ze sprawą KIO 1669/19, jednak z tym zastrzeżeniem, że jako odwołujący konsorcjum Besix podjął próbę wykazania istotności cen jednostkowych, których rażąco zaniżenie zarzuca konsorcjum Budimex. Odwołujący kwestię tę wiąże z doniosłością terminu przewidzianego przez zamawiającego na wykonanie sztucznej wyspy oraz wielkości udziału ceny za wykonanie sztucznej wyspy w cenie ofert.

Izba uznała, że duże znaczenie terminowego wykonania sztucznej wyspy jest niewystarczające dla potwierdzenia zarzutu i nakazania zamawiającemu wezwania konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień cen jednostkowych ujętych w kosztorysie dotyczącym wyspy. Nie zostało bowiem wykazane, w jaki sposób wysokość kwestionowanych cen jednostkowych może wpłynąć na dotrzymanie tego terminu. Również za niewystarczające Izba uznała powołanie udziału ceny sztucznej wyspy w cenie ofert. Biorąc pod uwagę dane zaprezentowane w odwołaniu, średni udział wartości sztucznej wyspy w cenie ofert to ok. 25%, a zamawiający oświadczył na rozprawie, że w kosztorysie inwestorskim udział ceny sztucznej wyspy oszacował na 20%. Izba uznała zatem, że 14/% udział tej ceny w cenie oferty konsorcjum Budimex nie wydaje się rażąco różnić w stosunku do cen innych ofert, zwłaszcza, że jej wykonanie nie jest technologicznie złożone. Izba uwzględniła w tej mierze oświadczenie zamawiającego oraz brak jakichkolwiek dowodów na twierdzenie

przeciwnie. Nie została powołana i całkowicie bez dowodu pozostała kwestia udziału wskazanych cen jednostkowych w cenie sztucznej wyspy.

Zdaniem Izby 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. Konsorcjum Budimex wyceniło na niskim poziomie wykonanie sztucznej wyspy, natomiast odwołujący na niskim poziomie oszacował wykonanie prac w ramach kanału żeglugowego. Cena ta stanowi 45% ceny wszystkich złożonych ofert, a procentowa różnica sięga 95% w stosunku do oferty Polbud Pomorze. 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 wykonawcy przystępujący po stronie zamawiającego zastrzegali jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a z których wynikają różne ceny za materiały o takich samych parametrach jakościowych, nawet oferowane przez tego samego dostawcę różnym wykonawcom. Z dowodów tych wynika również brak potwierdzenia zarzutu, co do zaniżenia ceny kamienia niezbędnego do wykonania narzutu na sztuczną wyspę oraz geowłókniny przez konsorcjum Budimex.

Nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze, wskazać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wymaga odniesienia się w okolicznościach sprawy do ceny oferty jako całości, a tego odwołujący zaniedbał. Odwołujący wiąże ściśle zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z rażącym zaniżeniem elementów ceny oferty. Skoro brak jest uzasadnionych podstaw do kwestionowania ceny oferty, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp dzieli jego los i podlega oddaleniu. Po drugie, dla zastosowania tego przepisu

niezbędne byłoby ustalenie, że doszło do złożenia oferty z ceną rażąco niską. Skoro w tym postępowaniu badane jest to, czy zamawiający ma obowiązek uzyskać wyjaśnienia, których ocena mogłaby ewentualnie prowadzić do odrzucenia oferty, zarzut należy uznać za przedwczesny. Całkowicie gołosłowne pozostały zarzuty o zawyżeniu elementów oferty mającego na celu kompensację zniżenia innych pozycji, co również uzasadnia oddalenie zarzutu. 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 Pzp wywodzony jest z zniżenia 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.

Izba uznała Pana J.C. G.L R. za prawidłowo ustanowionego pełnomocnika, który w granicach swego umocowania, w imieniu Ferrovia Agroman S.A. podpisał JEDZ tego wykonawcy oraz udzielił pełnomocnictwa liderowi konsorcjum.

Konsorcjum Budimex załączyło do formularza ofertowego pełnomocnictwo w formie aktu notarialnego udzielone w imieniu Ferrovia Agroman S.A. przez Pana A. d. I. J. R. d. V. działającego jako Dyrektor Zarządzający na rzecz Pana J.C. G.L R..

Odwołujący kwestionuje w pierwszej kolejności uprawnienia Pana A. d. I. J. R. d. V. do ustanawiania pełnomocników wskazując na brak wykazania jego umocowania do działania w imieniu Ferrovia Agroman S.A., a to z powodu braku wpisu do rejestru handlowego. Izba uznała, że twierdzenie to nie może się ostać w świetle tego, że pełnomocnictwa na rzecz Pana J.C. G.L R. Pan V. udzielił w formie aktu notarialnego. Notariusz jest zawodem zaufania publicznego i Izba uznaje złożone przed nim oświadczenia za godne wiary również w tym znaczeniu, że pochodzą od osób, które są uprawnione do ich złożenia. Brak jest uzasadnionych

podstaw do twierdzenia, że notariusz nie zbadał zdolności Pana V. do ustanawiania pełnomocników. Możliwość działania Pana A. d. I. J. R. d. V. w imieniu Ferrovia Agroman S.A. potwierdziły również dowody złożone przez konsorcjum Budimex: poświadczony akt udokumentowania uchwał spółki ustąpienia i mianowania pełnomocnego członka zarządu oraz nadanie mu uprawnień przez Ferrovia Agroman S.A., z etykietą świadczącą o wpisie do rejestru handlowego, zaświadczenie rejestratora handlowego Madrytu potwierdzające wpis tej uchwały do rejestru (dokument urzędowy). Z dokumentów tych, a ponadto ze złożonej opinii kancelarii Hogan Lovells, jasno wynika, że w zakresie swoich czynności, Pan A. d. I. J. R. d. V., działając jednoosobowo jako członek zarządu, może ustanawiać pełnomocników.

Treść pełnomocnictwa udzielonego Panu J.C.G.L. R. Izba uznała za wystarczającą. Pełnomocnictwo jest zawsze oświadczeniem woli, powinno być zatem wykładane tak, aby wola osoby ustanawiającej pełnomocnika nie została ograniczona, jeśli wyraźny zamiar wyłączenia nie wynika z treści pełnomocnictwa. Należy przy tym uwzględnić, że pojęcia prawne w językach obcych mogą być różnie tłumaczone na język polski. Należy stąd ponownie wnioskować o prymacie intencji nad literą dokumentu, tak jak nakazuje art. 65 k.c.

Przede wszystkim Izba zważyła, że z treści pełnomocnictwa zawartej w pkt 7 i 12 wynika szeroki zakres umocowania, tak w odniesieniu do umów, jak i uczestnictwa w procedurach poprzedzających zawarcie umowy. Brak jest podstaw do twierdzenia, by Pan J.C.G.L. R. mógł reprezentować Ferrovia Agroman S.A. wyłącznie w licytacjach, z pominięciem innych trybów udzielania zamówienia. Ocena ta znajduje oparcie w tłumaczeniu pkt 7 i 12 dokonany przez tłumacza przysięgłego, złożonym do akt sprawy przez konsorcjum Budimex.

Skoro pełnomocnictwo na podstawie którego został ustanowiony lider konsorcjum Budimex zostało udzielone prawidłowo, brak jest podstaw do kierowania wezwania do jego uzupełnienia, ani tym bardziej do odrzucenia oferty konsorcjum. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy nie znalazły potwierdzenia.

**Odwołanie wniesione przez konsorcjum Budimex (sygn. akt. KIO 1682/19):**



Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, a wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego spowodowały, że jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wynikającą z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. 1. Zarzuty kierowane pod adresem Pana D.W. .

W Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. b) SIWZ zamawiający wymagał, aby osoba, która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy, posiadała wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń i co najmniej 7 (siedem) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) w zakresie powyższych uprawnień, w tym:

- na 1 (jednej) robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, o wartości nie mniejszej niż 100 mln (słownie: sto milionów) zł brutto, i
- na 1 (jednej) robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie nabrzeża o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 mln (słownie: sześćdziesiąt milionów) zł brutto.

Zgodnie z Informacjami uzupełniającymi zamieszczonymi na str. 9 SIWZ:

9) Uprawnienia budowlane w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie;

10) Zamawiający akceptuje uprawnienia budowlane zdobyte na podstawie przepisów wcześniej obowiązujących oraz zagraniczne kwalifikacje uznane w zakresie i na zasadach opisanych w ustawie z dnia 22.12.2015 r. o zasadach

uznawania kwalifikacjach zawodowych nabytych w państwach członkowskich w Unii Europejskiej;

11) W przypadku, gdy któraś z osób wskazanych przez wykonawcę posiada kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa, uprawniające ją do prowadzenia, zgodnie z prawem działalności w zakresie tego zawodu w państwie członkowskim UE (poza Polską), uznaje się, że osoba ta może wykonywać na terytorium RP tymczasowo i okazjonalnie usługi w zakresie swego zawodu, po dopełnieniu formalności, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm.) oraz zgodnie z ustawą o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1725 ze zm.);

12) Przez minimalne doświadczenie zawodowe dla stanowisk, dla których wymagane są uprawnienia budowlane, rozumie się pełne lata czynne zawodowo od daty uzyskania uprawnień do daty upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający 15 lipca 2019 r. skierował do konsorcjum Besix wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do przedłożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.

25 lipca 2019 r. konsorcjum Besix złożyło wykaz osób, wskazując do pełnienia funkcji Kierownika Budowy Pana D.W. posiadającego:

- wykształcenie wyższe techniczne budowlane;
- uprawnienia budowlane numer ewidencyjny POM/0429/WBKb/I5 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;
- uprawnienia budowlane numer ewidencyjny POM/0356/WBH/15 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności Inżynierskiej hydrotechnicznej.

Tytułem doświadczenia Pana D.W. konsorcjum Besix podało następujące roboty budowlane, na których pełnił on funkcję kierownika budowy:

1. Wielka Brytania - South Hook LNG Terminal (04.2007 - 09.2008);
2. Egipt, Kair - Fairmont Hotel (10.2008 - 06.2009);

3. Egipt - Projekt Nile Corniche -13 mcy (06.2009 - 08.2010);
4. Zjednoczone Emiraty Arabskie, Abu Dhabi - Sztuczne Wyspy Zakum - 19 mcy (01.09.2010 - 30.04.2012);
5. Zjednoczone Emiraty Arabskie, Dubai - Terminal przeładunku siarki 2 - Ruwais (05.2011 - 01.2013);
6. Zjednoczone Emiraty Arabskie, Abu Dhabi - Nowa siedziba główna ADNOC (02.2013 - 02.2014);
7. Katar, Al Salwa - Roboty hydrotechniczne przy Salwa Beach Resort (01.02.2014 - 31.12.2015);
8. Zaprojektowanie i budowa nowego nabrzeża z przyległymi placami składowymi na terenie Portu Gdańsk (04.2016-08.2016);
9. Egipt - Terminal towarów sypkich i płynnych w Ain Sokhna (09.2016 - 10.2017);
10. Egipt - Wielkie Muzeum Egipskie w Kairze (11.2017 – obecnie).

6 sierpnia 2019 r. zamawiający skierował do konsorcjum Besix wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w którym stwierdził, że mając na uwadze wymóg minimalnego doświadczenia zawodowego, tj. lata czynne od daty uzyskania uprawnień, oraz fakt, że zgodnie z SIWZ osoba, która będzie pełniła funkcję Kierownika budowy, powinna posiadać co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy w zakresie wymaganych uprawnień, w tym na wskazanych w SIWZ robotach budowlanych - wzywa do wyjaśnienia, kiedy Pan D. W. uzyskał uprawnienia budowlane, w zakresie których nabył wymazane doświadczenia zawodowe.

W odpowiedzi z 13 sierpnia 2019 r. konsorcjum Besix wskazało, że Pan D.W., posiadający obywatelstwo polskie, zatrudniony jest przez pracodawcę z innego niż Polska państwa członkowskiego UE, tj., przez N.V. BESIX S.A. z siedzibą w Brukseli, Belgia. Wyjaśniło, że w Belgii zawód inżyniera budownictwa nie jest zawodem regulowanym, a prawo belgijskie nie przewiduje konieczności, ani nawet możliwości uzyskania uprawnień budowlanych w celu pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót. Od początku zatrudnienia w N.V. BESIX S.A. oraz innych spółkach należących do BESIX Group, tj. od kwietnia 2007 r., posiada on kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa, uprawniające go do pełnienia w państwie pracodawcy zgodnie z prawem funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w

specjalności konstrukcyjno-budowlanej i inżynierskiej hydrotechnicznej. W chwili pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót na inwestycjach wskazanych w „Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, Pan D.W. posiadał i nadal posiada kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa uprawniające go, zgodnie z prawem państw, w których realizowane były powołane inwestycje, do pełnienia w tych państwach funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz inżynierskiej (w rozumieniu przepisów polskiego prawa budowlanego). Konsorcjum wyjaśniło również, że zgodnie z właściwymi przepisami do pełnienia tych funkcji przez Pana D.W. w państwie pracodawcy i w państwach, w których Pan D.W. pełnił te funkcje na powołane inwestycjach, nie były jednak wymagane uprawnienia budowlane. Do wyjaśnień dołączono oświadczenie lidera konsorcjum N.V. BESIX S.A. z 12 sierpnia 2019 r., w którym stwierdzono, że prawo belgijskie nie przewiduje konieczności ani możliwości uzyskiwania uprawnień budowlanych w celu pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, a Pan D.W. od początku zatrudnienia w N.V. BESIX S.A. oraz innych spółkach należących do BESIX Group posiadał i nadal posiada kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa, uprawniające go do prowadzenia, zgodnie z prawem, działalności w zakresie tego zawodu w Belgii. Posiadał i nadal posiada kwalifikacje zawodowe uprawniające go do pełnienia w ww. państwie funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz inżynierskiej hydrotechnicznej.

Konsorcjum wyjaśniło również, że Pan D.W. w chwili pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót posiadał i nadal posiada kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa uprawniające go, zgodnie z prawem państw, w których realizowane były ww. inwestycje, do pełnienia w tych państwach funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności konstrukcyjnobudowlanej oraz inżynierskiej.

Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp. Przepis ten nakazuje wykluczenie wykonawcy, 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. Przesłanką *sin qua non* zastosowania tego przepisu jest przedstawienie

informacji wprowadzających w błąd, czyli skierowanych na wywołanie u zamawiającego przeświadczenia, że stan rzeczy jest inny niż w rzeczywistości. Co do zasady zatem informacje te powinny dotyczyć faktów (*vide* wyroki Izby m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO 268/18, KIO 1865/18, KIO 2529/18, KIO 100/19).

Tymczasem w odniesieniu do Pana D.W. fakty należy uznać za niesporne. Odwołujący nie kwestionował bowiem tego, że na powołanych robotach budowlanych Pan D.W. pełnił funkcję kierownika budowy jako pracownik Besix oraz że prawo belgijskie nie wymaga uzyskania uprawnień budowlanych. Nie było też kwestionowane, że prawo belgijskie nie reglamentuje możliwości pełnienia funkcji kierownika budowy w sposób właściwy prawu polskiemu przez nakaz uzyskania wpisu na stosowną listę. Spór toczący się przed Izbą dotyczy kwestii prawnych, a mianowicie tego, czy w państwach arabskich, w których Pan W. pełnił funkcję kierownika budowy jako pracownik Besix, był obowiązany uzyskać wpis.

Ta konstatacja jest w zasadzie wystarczająca do uznania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za chybiony. Po pierwsze, zarzucane konsorcjum Besix wprowadzenie zamawiającego w błąd nie dotyczyło faktów, a ma swoje źródło w wykładni przepisów prawa państw arabskich. Ta sytuacja nie podlega w ocenie Izby dyspozycji powołanego przepisu. Po drugie, dostrzec należy, że brzmienie warunku dotyczyło wykonywania funkcji w zakresie uprawnień. Skoro zatem niespornie, gdyż odwołujący tego nie podważył, Pan D.W. był pracownikiem podmiotu belgijskiego i nie dotyczył go obowiązek uzyskiwania uprawnień w Belgii do pełnienia funkcji kierownika budowy w ramach obowiązków pracowniczych, to warunek udziału w postępowaniu został przez konsorcjum wykazany.

Dla porządku stwierdzić należy, że z dowodów złożonych przez odwołującego i przystępującego nie wynika obowiązek zgłoszenia Pana D.W. do rejestru lub uzyskania wpisu na listę inżynierów w państwach arabskich. Do akt sprawy zostały złożone jedynie wyciągi aktów prawnych, wybrane przepisy, z których nie sposób wnioskować o kręgu osób, do których normy te są skierowane. Być może niektóre osoby fizyczne, chcące uzyskać zatrudnienie, powinny dopełnić obowiązku zgłoszenia. Brak jednak jakichkolwiek podstaw, by uznać, że obowiązek ten dotyczy Pana W. .

Powyższe wnioski wynikające z dokumentów złożonych do akt sprawy, potwierdził Pan W., który został wysłuchany przez Izbę jako świadek. W okazanym przez niego paszporcie widoczna była wiza uzyskana przez niego jako inżyniera.

Nie potwierdziły się również dodatkowe szczegółowe zarzuty pod adresem doświadczenia Pana D.W. . W zakresie długości doświadczenia na kontraktach w Katarze (Al Salwa) oraz Zjednoczonych Emiratach Arabskich (Al Ruwais) odwołujący buduje swój zarzut wyłącznie na wydruku z konta Pana W. na Linkedin. Taki dowód nie może odnieść zamierzone skutku i podważyć oświadczenia złożonego zamawiającemu (podobnie wyroki Izby w sprawach: KIO 1100/18, KIO 1454/18, KIO 1793/18, KIO 1820/18). Ograniczone zaufanie do wydruków z portali społecznościowych uniemożliwia uznanie ich za wiarygodny dowód i oparcie na nich rozstrzygnięcia w świetle oświadczenia dwóch członków zarządu pracodawcy Pana D.W. .

Równie nietrafny jest zarzut co do zbyt małej wartości robót dotyczących wykonania nabrzeża i falochronu wyspowego. Inwestycje te wbrew twierdzeniu zawartemu w odwołaniu nie były wykazywane jedną robotą budowlaną, której przedmiotem były sztuczne wyspy Zakum. Konsorcjum Besix wskazało tu trzy roboty:

- dla nabrzeża: sztuczne wyspy Zakum w Zjednoczonych Emiratach Arabskich, Abu Dhabi, o wartości 107.066.992, 43 zł;
- dla nabrzeża i falochronu: roboty hydrotechniczne przy Al Salwa Beach Resort w Katarze, Al. Salwa, o wartości 508.461.146, 60 zł;
- dla falochronu wyspowego: terminal przeładunku siarki 2 Al Ruwais, Zjednoczone Emiraty Arabskie o wartości 133.986.800 zł.

Treść wymagania zawartego w rozdziale V pkt 1.3.2 lit. b) SIWZ pozwalała na wykazanie warunku udziału w postępowaniu przez wskazanie umowy mającej za przedmiot łączne wykonanie falochronu i nabrzeża albo dwóch umów, gdzie przedmiotem jednej było wykonanie nabrzeża a drugiej wykonanie falochronu. Konsorcjum Besix z naddatkiem wykazało spełnianie wymagań zamawiającego.

Informacje dotyczące Pana W. pozwalają na uznanie, że konsorcjum Besix dysponuje osobą spełniającą wymagania zamawiającego dotyczące Kierownika Budowy i wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Nie doszło więc do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ad. 2. Zarzuty dotyczące długości pełnienia funkcji kierownika branży robót elektrycznych przez Pana Ł.C. .

Zamawiający w Rozdziale V pkt 1.3.2 lit. i) SIWZ wymagał, aby osoba która będzie pełniła funkcję Kierownika robót w branży elektrycznej posiadała:

- wykształcenie wyższe techniczne budowlane;
- uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń;
- co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) lub inspektora nadzoru w zakresie powyższych uprawnień.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp 25 lipca 2019 r., konsorcjum Besix złożyło wykaz osób, w którym wskazało do pełnienia funkcji Kierownika Budowy: Pana Ł.C. . Dla wykazania jego doświadczenia zawodowego powołane zostały:

1. Budowa budynku usługowego „Rotundy” PKO BANK POLSKI S.A. (10.02.2017 - obecnie);
2. Budowa Bloku Operacyjnego dla SPSK nr 7 SUM w Katowicach (09.2015 - 06.2017);
3. Doprojektowanie (w zakresie projektu wykonawczego) i rozbudowa drugiego terminala pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku (11.2014 - 07.2015);
4. Rewaloryzacja historycznego zespołu Hipodromu w Sopocie (10.2012 - 10.2013).

Zarzuty dotyczące długości okresu pełnienia funkcji przez przy budowie budynku usługowego Rotundy w Warszawie oraz rewaloryzacji historycznego zespołu Hipodromu w Sopocie nie znalazły potwierdzenia.

Izba ponawia zaprezentowane wyżej stanowisko dotyczące ograniczonej mocy dowodowej doniesień zamieszczonych w internecie. Ponadto wywodzenie zarzutów w oparciu o informacje publikowane w prasie i internecie, na które powoływał się odwołujący Izba uznała za niewiarygodne w świetle okoliczności przywołanych przez konsorcjum.

Konsorcjum Besix w piśmie procesowym z 9 września 2019 r. wykazało datę zawarcia umowy dotyczącej wykonania budynku usługowego Rotundy – 25 stycznia

2017 r. zamieszczając skan fragmentów umowy, których autentyczność nie została podważona. Inny - niż powołane doniesienia medialne - dowód na twierdzenie przeciwne nie został złożony przez odwołującego. Również za godne wiary Izba uznała wyjaśnienia przystępującego, że Pan Ł.C. wykonywał obowiązki kierownika robót w branży elektrycznej od daty wskazanej w wykazie, gdyż NDI S.A. przejęło plac budowy 10 lutego 2017 r. umowy, a także w okresie wstrzymania prac przez konserwatora zabytków. W czasie prac rozbiórkowych, wbrew twierdzeniom odwołującego, zaangażowanie Pana C. było niezbędne, gdyż budynek Rotundy był budynkiem usługowym (wiedza powszechnie dostępna dla mieszkańców Warszawy), zatem w skład prac rozbiórkowych wchodził m.in. demontaż instalacji. Brak jest również podstaw do tego, aby nie uwzględnić w poczet doświadczenia dwumiesięcznego okresu wstrzymania prac przez konserwatora zabytków, w czasie którego Pan Ł.C. nie był zwolniony ze swojej funkcji i - co trafnie podniosło konsorcjum Besix w piśmie procesowym - wykonawca musiał w tym okresie zapewnić personel na wypadek awarii na placu budowy oraz odpowiedniego zabezpieczenia wstrzymanych robót.

W przypadku rewitalizacji historycznego zespołu Hipodrom w Sopotcie konsorcjum Besix za pomocą dwóch umów, pierwszej strony protokołu odbioru końcowego oraz referencji od Hipodrom Sopot Sp. z o.o. udowodniło czas wykonywania umów oraz pełnienie obowiązków kierownika robót w branży elektrycznej przez Pana C. w obu przypadkach. Pierwsza umowa nr 3/R/2012 z 27 czerwca 2012 r. miała za przedmiot całość prac inwestycyjnych obejmujących budowę, rozbudowę oraz remont istniejących budynków oraz zagospodarowanie terenu. Druga nr 4/R/2012 z 1 grudnia 2012 r. dotyczyła rozbudowy oraz przebudowy hali dużej ujeżdżalni. Roboty zostały zakończone 31 października 2013 r. i odebrane 4 listopada 2014 r.

Sposób obliczania długości okresów pełnienia funkcji przez Pana C. został przedstawiony przez konsorcjum Besix graficznie. Wskazuje okresy podane w wykazie i potwierdza, że łączne doświadczenie Pana C. obejmuje 62 pełnych miesięcy, zatem wymagania zamawiającego, który żądał 60 miesięcy doświadczenia zawodowego zostały spełnione. Izba uznała zatem, że Pan Ł.C. jest osobą, która posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Konsorcjum Besix wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu i nie wprowadziło



zamawiającego w błąd. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp przez zamawiającego nie znalazły potwierdzenia.

Ad. 3-8. Brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu skutkujące wprowadzeniem zamawiającego w błąd co do zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy wymaganego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) c) d) SIWZ.

Zarzuty te Izba omawia łącznie z zachowaniem chronologii z katalogu zarzucanych zamawiającemu przepisów ustawy, nie zaś według odmiennej kolejności ustalonej przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający w Rozdziale V pkt 1.3.1 SIWZ wymagał, aby wykonawca wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie (łącznie):

- a) 1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, polegającej na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln (słownie: sto milionów) zł brutto;
- c) 1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej, o wartości nie mniejszej niż 10 mln (słownie: dziesięć milionów) zł brutto;
- d) (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa drogi klasy co najmniej G o łącznej wartości nie mniejszej niż 20 mln (słownie: dwadzieścia milionów) zł brutto.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp konsorcjum Besix złożyło 25 lipca 2019 r. wykaz robót, w którym wskazało następujące roboty budowlane:

- budowa falochronu półwyspowego o długości 960 m w ramach projektu „LNG Wheatstone Obiekty morskie - urządzenia do wyładunku materiałów i falochron” wykonana w ramach konsorcjum NV Besix S.A. i Thiess Pty Ltd (BEST joint venture) – dla wykazania doświadczenia wykonawcy wymaganego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) SIWZ;

- budowa drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej (WD-1 Inflancka) w ramach projektu: „Przebudowa obiektów inżynierskich w ciągu ul. Krzywoustego (DK11) nad ul. Inflancką i ul. Chartowo w Poznaniu" (dalej: Inflancka) wykonanego w ramach konsorcjum przez Most Sp. z o.o. i Polbud-Pomorze Sp. z o.o. – dla wykazania doświadczenia wykonawcy wymaganego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. c) SIWZ;

- budowa drogi klasy A w ramach projektu: Budowa Autostrady A1 na odc. m. „Nowe Marzy do m. Czerniewice - odcinek IV, od m. Lubicz do m. Czerniewice, od km 141+018 do km 151+900" (dalej: Budowa A1 141/151) wykonana w ramach konsorcjum SKANSKA S.A. i NDIS.A. – dla wykazania doświadczenia wykonawcy wymaganego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. d) SIWZ.

Pismem z 6 sierpnia 2019 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp skierował do konsorcjum Besix wezwanie, w którym żądał odpowiedzi na pytania o faktycznie zrealizowany zakres oraz wartość prac wykonanych przez NV Besix S.A., NDI S.A. oraz Most Sp. z o.o. w ramach wskazanych robót budowlanych. Zamawiający żądał wyjaśnień celem potwierdzenia, że wymienieni wykonawcy zrealizowali robotę spełniającą warunek udziału w postępowaniu określony w SIWZ oraz wskazał, że „względnie wzywa” do uzupełnienia wykazu o roboty budowlane spełniające warunki opisane w SIWZ.

Konsorcjum Besix udzieliło wyjaśnień pismem z 13 sierpnia 2019 r.

W odniesieniu do warunku opisanego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) SIWZ wskazało, że NV Besix S.A. zawarł z Thiess Pty Ltd umowę joint venture. Strony umowy ustaliły, że kontrakt w ramach projektu „LNG Wheatstone. Obiekty morskie - urządzenia do wyładunku materiałów i falochron” będzie realizowany w ramach tzw. „konsorcjum zintegrowanego”. To oznacza, że konsorcjum będzie stanowiło centrum zysków, zaś konsorcjanci przyjęli solidarną odpowiedzialność wobec swojego kontrahenta Generalnego Wykonawcy - Bechtel (Western Australia) Pty Ltd). Strony umowy joint venture będą partycypowały w stosunku wewnętrznym w stratach i zobowiązaniach oraz zyskach w uzgodnionej proporcji (50/50). Ponadto roboty budowlane były wykonywane centralnie przez konsorcjantów lub przez zaangażowanych podwykonawców. Konsorcjum Besix wyjaśniło, że nie doszło do podziału przedmiotu prac na wybrane segmenty (zakresy), w ramach których każdy konsorcjant wykonywałby prace na własny koszt i odpowiadał w stosunku

wewnętrznym za wszelkie zobowiązania wynikające z tego segmentu. Strony wspólnie wybierały podmioty trzecie do realizacji określonych robót i dostaw, jak również wspólnie nadzorowały realizację całego projektu. Faktycznie zrealizowany zakres prac przez NV Besix S.A. obejmował cały zakres wskazanych prac.

W odniesieniu do warunku ustalonego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. c) SIWZ konsorcjum Besix wyjaśniło, że wartość zrealizowanego drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej (WD-1 Inflancka) wyniosła łącznie: 52.410.059,44 złotych brutto a Most Sp. z o.o. oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. zrealizowały projekt działając w konsorcjum. Było to tzw. „konsorcjum niezintegrowane”, w którym konsorcjanci dokonali podziału zakresu całości prac objętych umową zawartą z zamawiającym. Faktycznie zrealizowany zakres prac wykonanych przez Most Sp. z o.o. obejmował: wykonanie części podpór, całość ustroju nośnego (w tym konstrukcji stalowej, montaż dylatacji i łożysk), a jego wartość wyniosła: 28.339.580,06 zł.

Konsorcjum Besix wskazało również inną umowę wykonaną przez NV Besix S.A., której przedmiotem była m.in. budowa drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej w ramach projektu pn.: „DBFM Keersluis Limmel” w Holandii o łącznej wartości robót: 148.927. 290,42 zł i wartości mostu: 10.986.182,94 zł.

W ramach informacji dotyczących warunku opisanego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. d) SIWZ konsorcjum BESIX wskazało, że wykonawcy występujący wspólnie Skanska S.A. i NDI S.A. wykonali umowę działając w konsorcjum i było to tzw. „konsorcjum zintegrowane”. konsorcjanci nie dokonali podziału zakresu prac objętych umową zawartą z inwestorem, a umowa joint venture zawarta przez strony, zgodnie z którą konsorcjum stanowiło centrum zysków, zaś konsorcjanci przyjęli solidarną odpowiedzialność wobec swojego kontrahenta Gdańsk Transport Company S.A.) oraz stron trzecich. Strony umowy joint venture ustaliły, że będą partycypowały w stosunku wewnętrznym w stratach i zobowiązaniach oraz zyskach w uzgodnionej proporcji (Skanska S.A. - 80 %, NDI S.A. - 20%). Prace były wykonywane centralnie przez konsorcjantów lub przez zaangażowanych podwykonawców i nie doszło do podziału przedmiotu prac na wybrane zakresy, w ramach których każdy konsorcjant wykonywałby dane prace na własny koszt i odpowiadał w stosunku wewnętrznym za wszelkie zobowiązania wynikające z tego segmentu czy zakresu. Strony wspólnie wybierały podmioty trzecie do realizacji określonych robót i dostaw, jak również wspólnie nadzorowały realizację całego projektu. Strony uzgodniły, że wszystkie

decyzje będą podejmowały jednomyślnie. Faktycznie zrealizowany zakres prac przez NDI S.A., obejmował cały zakres umowy, a wartość zrealizowanego przez NDI S.A. zakresu robót odpowiada wartości całego zadania.

Jednocześnie konsorcjum Besix powołało nową robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa drogi klasy A w ramach projektu: Budowa Autostrady A1 na odc. Nowe Marzy - Czerniewice - odcinek I, od m. Nowe Marzy do m. Grudziądz, od km 89+450 do km 98+400,83.

Wyjaśniło również, że informacje dotyczące wykonania umowy w ramach konsorcjum zintegrowanego dotyczą obu odcinków autostrady A1.

Oceniając ten niesporny stan faktyczny Izba postanowiła łącznie odnieść się do wykazania przez konsorcjum Besix spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) i d) SIWZ, czyli umów zrealizowanych w ramach tzw. konsorcjów zintegrowanych, w których udział brały NV Besix S.A. i NDI S.A. Izba nie dopatrzyła podstaw do odmowy uznania doświadczenia NDI S.A. i NV Besix S.A. nabytego w przez budowę autostrady A1 oraz budowę falochronu wyspowego Wheatstone.

Pojęcie konsorcjum zintegrowanego powstało na gruncie prawa brytyjskiego (*vide*: M. Czerwiński „Udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przykładzie Polski, Wielkiej Brytanii i Francji” w: Adam Mickiewicz University Law Review: <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/ppuam/article/view/7307> data dostępu: 19 września 2019 r.) W takiej sytuacji konsorcjum stanowi centrum zysków, a konsorcjanci przyjmują solidarną odpowiedzialność wobec swego kontrahenta i partycypują w stosunku wewnętrznym w stratach i zobowiązaniach w uzgodnionej proporcji. Prace mogą być wykonywane centralnie w sposób skonsolidowany przez konsorcjantów lub przez zaangażowanych podwykonawców.

Dostrzec warto, że TSUE w wyroku z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt opowiadając się za oceną realnego zaangażowania w wykonanie umowy przez poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum, nie zdefiniował kryteriów oceny tego zaangażowania. Uzasadnia to indywidualną ocenę każdego przypadku. Można sformułować ostrożną tezę, że w przypadku złożonych przedsięwzięć infrastrukturalnych wykonywanych z udziałem podwykonawców istotne znaczenie uzyskuje umiejętność i odpowiedzialność za organizację i zarządzanie danym przedsięwzięciem. W tym kontekście udział w zyskach i stratach nie ma

przesądzającego znaczenia, zwłaszcza że ich źródłem mogą być zasady współpracy danych podmiotów oraz relacje między nimi, które wykraczają poza wykonanie danej umowy.

Mając na uwadze wyjaśnienia udzielone przez konsorcjum Besix 13 sierpnia 2019 r. oraz wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne, które odwołujący - obciążony powinnością dowodową - powinien powołać na tym etapie sporu, Izba uznała, że skoro każdą część projektu podmioty tworzące konsorcja wykonywały wspólnymi siłami, pod wspólnym kierownictwem projektu, wspólnie zatrudniając podwykonawców i dostawców, to brak jest podstaw do uznania, że ustalony w tych umowach udział w zyskach i stratach: odpowiednio NDI 20 S.A. 20%, NV Besix S.A. 50% jest równoznaczny z zaangażowaniem tych wykonawców w wykonanie umowy. Ponieważ zarzuty odwołania wyczerpują się na tej kwestii uznano je za niepotwierdzone. Konsorcjum Besix wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) i d) SIWZ, zatem zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp.

Odnosząc się natomiast do wykazania przez konsorcjum Besix warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. c) SIWZ Izba zważyła, że referencyjny obiekt mostowy wykonywany był w ramach tzw. konsorcjum niezintegrowanego. W takim przypadku prace wchodzące w zakres przedmiotu umowy realizowanej przez konsorcjum dzielone są na odrębne części, które każdy konsorcjant wykonuje na własny koszt i odpowiada w stosunkach wewnętrznych za wszelkie zobowiązania wynikające z zakresu, który wykonuje. Konsorcjum nie jest zatem centrum zysków.

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba uznała, że konsorcjum Besix nie wprowadziło zamawiającego w błąd podając informacje dotyczące budowy drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej (WD-1 Inflancka). Żadna z informacji podanych przez konsorcjum tak w wykazie, jak i w wyjaśnieniach udzielonych pismem z 13 sierpnia 2019 r., nie była kwestionowana pod względem zgodności ze stanem faktycznym, nie sposób zatem przypisać konsorcjum zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd. Konsorcjum podało, że obiekt WD-1 Inflancka Most Sp. z o.o. zrealizowało w ramach konsorcjum i na wezwanie zamawiającego podało zakres prac. Kwestią do rozstrzygnięcia jest, czy zakres ten pozwala na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu ustalonym przez

zamawiającego. Osią sporu jest rozumienie pojęcia obiekt mostowy, którego zamawiający użył w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. c) SIWZ. Strony postępowania różnią się co do jego interpretacji, co ma konsekwencje dla uznania spełniania wymagania zamawiającego. W sytuacji braku sporu co do faktów, podanych przez wykonawcę zgodnie z rzeczywistością i różnicy w wykładni pojęć zawartych w dokumentacji postępowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie może znaleźć zastosowania.

W celu oceny zarzutu Izba w pierwszej kolejności dokonała wykładni pojęcia obiekt mostowy i uwzględniła w tej mierze, że w informacjach uzupełniających do pkt 1.3 SIWZ zamawiający wskazał, że pojęcia obiekt mostowy używa w rozumieniu określonym w § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63 poz. 2068 ze zm.). Przepis ten stanowi, że obiekt mostowy to budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakada, kładka. Definicja pojęcia budowla zawarta jest w art. 3 pkt 3) ustawy z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186). Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem budowli należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową. Z kolei pojęcie obiekt budowlany zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 1) Prawa budowlanego i oznacza budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego

przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Z tymi przepisami zgodna jest definicja zawarta w art. 2 pkt 5a Pzp, która za obiekt budowlany uznaje wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Z powołanych norm należy wywieść, że dla spełniania wymagania zamawiającego niezbędne jest wykonanie całości drogowego obiektu mostowego wraz z instalacjami. Zamawiający, uznając, że dla realizacji obiektu mostowego wystarczające jest wykonanie części podpór oraz całości ustroju nośnego, podejmuje próbę ograniczenia swoich wymagań po upływie terminu składania ofert, co nie może znaleźć uznania. Zawężenie wymagań na etapie oceny narusza podstawowe zasady udzielania zamówień, gdyż w sposób nieprzejrzysty preferuje wykonawcę, który korzysta dzięki takiej wykładni. Postanowienia SIWZ, będącej oświadczeniem zamawiającego zawierającym elementy oświadczenia woli i oświadczenia wiedzy, podlegają wprowadzie wykładni, jednak w ściśle określonym porządku preferencji – podstawowe znaczenie ma wykładnia literalna z uwzględnieniem definicji zawartych w przepisach prawa. Z tych względów Izba uznała, że pomimo tego, że Most Sp. z o.o. był liderem konsorcjum, to zakres robót budowlanych wykonanych samodzielnie przez tego wykonawcę: wykonanie części podpór oraz całości ustroju nośnego, w tym konstrukcji stalowej, montaż dylatacji i łożysk, nie odpowiada opisanym wymaganiom zamawiającego. Z samego faktu, że Most Sp. z o.o. był liderem konsorcjum nie wynika możliwość powołania się na całość prac, które konsorcjum wykonało. Do ustalenia niezbędna byłaby ocena zaangażowania tego podmiotu w wykonanie całości umowy, a takie informacje nie zostały przedstawione przez konsorcjum Besix. Same stwierdzenia zawarte w piśmie z 13 sierpnia 2019 r., że Most Sp. z o.o. wniosła faktyczny wkład w prowadzenie działań wymaganych od wykonawców w ramach zamówienia oraz, że udział był na tyle konkretny, że spółka może powoływać się na całość doświadczenia jest bardzo ogólne i pozbawione treści umożliwiającej ocenę.

Podzielono jednak pogląd konsorcjum Besix, że - niezależnie od wyjaśnień udzielonych w związku z obiektem WD-1 Inflancka - zasadnie powołano kolejną robotę budowlaną mającą za przedmiot obiekt mostowy. Zamawiający jako podstawę wezwania z 6 sierpnia 2019 r. powołał art. 26 ust. 3 Pzp, zatem wykonawca nie wskazując nowej roboty budowlanej, naraziłby się na negatywne konsekwencje

swego zaniechania, jeśli zamawiający nie uwzględniłby udzielonych wyjaśnień. Wykonawca został wezwany przez zamawiającego do wskazania nowej roboty budowlanej, a co do zasady takie wezwanie nie może być ponawiane.

Izba uznała, że wskazanie wykonanego przez NV Besix S.A. drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej w ramach projektu pn.: „DBFM Keersluis Limmel” w Holandii było dopuszczalne, gdyż dotyczyło roboty zrealizowanej przed upływem terminu składania ofert przez lidera konsorcjum (art. 22a ust. 6 pkt 2 Pzp). Odwołujący nie zakwestionował zgodności tego drogowego obiektu mostowego z wymaganiami zamawiającego, choć na tym etapie powinien to uczynić. Izba uznała zatem, że zamawiający trafnie ocenił, że spełnia ona opisane przez niego wymagania, a konsorcjum Besix powołując się na nią wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy jedynie dla porządku należy wskazać, że nie podzielono poglądu odwołującego, że konsorcjum Besix nie wykazało dysponowania zasobami Most Sp. z o.o. w dniu, w którym upływał termin składania ofert. Podmiot ten oświadczył w piśmie z 12 lipca 2019 r., że informacje zawarte w JEDZ i zobowiązaniu do udostępnienia zasobów są aktualne na 22 maja 2019 r. – dzień, w którym upływał termin składania ofert. Fakt, że Most Sp. z o.o. nie został wskazany w ofercie konsorcjum jako podwykonawca, pozbawiony jest doniosłości prawnej, gdyż obowiązek wskazania podwykonawców oraz powierzonego im zakresu robót ma wyłącznie charakter informacyjny. Z przepisów ustawy wynika bowiem, że jeśli zamawiający nie zastrzeże części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, to obowiązkiem wykonawcy jest jedynie poinformowanie zamawiającego o zakresie zamówienia, który powierzy podwykonawcom i podania nazw podwykonawców, o ile są mu znane, przed przystąpieniem do wykonywania umowy. Informacje te nie muszą zostać przekazane zamawiającemu już na etapie składania oferty. Ponadto, skoro ustawa dopuszcza w art. 36b ust. 2 oraz art. 36ba ust. 1 Pzp zmianę podwykonawcy, w tym zmianę w czasie wykonywania umowy, to tym bardziej wskazanie nowego podwykonawcy, może nastąpić jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (*arg. a maiori ad minus* z art. 36b ust. 2 oraz art. 36ba ust. 1 Pzp).



Ad. 9. Zarzut dotyczący uzupełnienia oferty konsorcjum Besix o dwie pominięte pozycje kosztorysu ofertowego 11.4. – poz. 4.19 i 4.20.

Zarzut ten został oceniony przy odwołaniu KIO 1669/19. Izba podtrzymuje zawarte tam ustalenia i oceny z konkluzją, że zamawiający dokonując poprawienia oferty konsorcjum Besix nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Na podkreślenie zasługuje, że w kosztorysie 11.4 powinny być wycenione pozycje dotyczące instalacji maszynowni nie tylko dotyczące budynków mostów (północnego i południowego), ale również budynki bramy (północnej i południowej). Konsorcjum Besix omyłkowo pominęło pozycje 4.19 i 4.20 budynku mostu południowego, w sytuacji gdy treść i wartość analogicznych pozycji we wszystkich pozostałych budynkach była taka sama. Brak jest zatem uzasadnionych podstaw do mniemania, że pominięte pozycje powinny zawierać inną cenę.

Ad. 10. Zarzut dotyczący nieuprawnionego poprawienia formularza cenowego.

Zamawiający w rozdziale X pkt 1 SIWZ wskazał, że oferta musi zawierać m.in. wypełniony formularz ofertowy, wypełniony formularz cenowy, sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ i kosztorysy ofertowe. W rozdziale XII SIWZ zamawiający podał opis sposobu obliczania ceny oferty. Wskazał w pkt 1, że cena realizacji zamówienia, czyli łączna cena ofertowa brutto, powinna zostać podana w formularzu ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Zgodnie z pkt 2 cena oferty to suma cen za wykonanie robót budowlanych wskazanych w formularzu cenowym. Natomiast zgodnie z pkt 3 cena oferty musi być zgodna z kosztorysami ofertowymi.

Formularz cenowy obejmował łącznie 17 pozycji, pod l.p. 7.0 Obiekty kubaturowe. Cena ogółem wynikająca z tego formularza znajdowała odzwierciedlenie w formularzu oferty (Łączna cena ofertowa). Wzór formularza cenowego pierwotnie w zakresie l.p. 7.0) zawierał następujące podpozycje, dla których należało podać cenę netto i brutto:

7.1 Budynek kapitanatu dla obsługi kanału żeglugowego - branża konstrukcyjna; 7.2 Instalacje wod-kan, wentylacji, klimatyzacji, ogrzewania (branża sanitarna);

7.3 Instalacje niskoprądowe (branża energetyczna);

7.4 Instalacje obiektu kubaturowego (branża energetyczna).

Zmiana SIWZ z 20 maja 2019 r. nadała mu następujące brzmienie:

7.0 Obiekty kubaturowe - łącznie, w tym:

7.1/7.2 Budynek kapitanatu dla obsługi kanału żeglugowego - branża konstrukcyjna;

7.3 Instalacje wod-kan, wentylacji, klimatyzacji, ogrzewania (branża sanitarna);

7.4.1 Instalacje - obiekty kubaturowe (branża energetyczna);

7.4.2 Obiekt kubaturowy - obiekty kubaturowe - instalacje niskoprądowe.

Wypełniony formularz stanowiący część oferty konsorcjum Besix miał następującą treść:

7.0 Obiekty kubaturowe - łącznie: 8.179.358,36 zł, 10.060.610,78 zł;

7.1/7.2 Budynek kapitanatu dla obsługi kanału żeglugowego (branża konstrukcyjna) - 5.572.371,27 zł, 6.854.016,66 zł;

7.3 Instalacje wod-kan, wentylacji, klimatyzacji, ogrzewania (branża sanitarna)

-

841.909,50 zł, 1.035.548,69 zł;

7.3 Instalacje niskoprądowe/branża energetyczna – 526.389.33 zł, 647.458.88 zł;

7.4.1 Instalacje-objekty kubaturowe (branża energetyczna) - 712.298,93 zł, 876.127,68 zł;

7.4.2 Obiekt kubaturowy - branża energetyczna - 526.389.33 zł, 647 458.88 zł

Zamawiający pismem z 27 czerwca 2019 r. poinformował, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonuje poprawy oferty wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej zmiany. Zamawiający wykreślił z Formularza cenowego poz. 7.3. Instalacje niskoprądowe (branża energetyczna - instalacje niskoprądowe) i uzupełnił treść w kolumnie „Nazwa/zakres prac” w poz. 7.4.2. przez zastąpienie słów „branża energetyczna” słowami „obiekty kubaturowe - instalacje niskoprądowe”.

Izba uznała, że opisane działania odpowiadają prawu. Skoro zamawiający ustalił w SIWZ, że na ofertę w rozumieniu art. 66 k.c. składają się formularz ofertowy, formularz cenowy i kosztorysy ofertowe, to oceniając zgodność oferty ze swoimi wymaganiami powinien uwzględniać treść wszystkich tych dokumentów.

Zamawiający trafnie ocenił, biorąc pod uwagę kwotę wynikającą z kosztorysu, że wykonawca pomylił się i dwukrotnie wpisał do formularza ofertowego kwotę dotyczącą tego samego zakresu prac. Dwukrotność ta została usunięta przez zamawiającego przez skreślenie jednej z nich co odpowiada dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Porównanie treści dokumentów składających się na ofertę pozwala bez trudu ustalić do jakiego kosztorysu jest przypisana dana kwota wynikająca z formularza cenowego.

Omyłkowy charakter działania konsorcjum Besix nie budzi wątpliwości. W świetle tego, że zamawiający dokonał poprawienia jedynie zniekształcenia oświadczenia woli konsorcjum, mając ku temu wszystkie dane, które były zawarte w ofercie, dokonaną poprawę nie można określić mianem istotnej.

Ad. 11. Zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w zakresie poz. 9. Kosztorysu ofertowego 6.0 Bramy i śluzy.

W przedmiarze robót zamieszczonym pierwotnie w SIWZ, w części obiekty inżynierskie - Bramy śluzy, wykonawca zobowiązany był do wyceny zestawienia dla jednej bramy wraz z kieszenią śluzy. W poz. 9. tego formularza odnoszącej się do betonu konstrukcyjnego wykonawcy mieli wycenić wykonanie kanałów technicznych z betonu C35/45 w ilości 202,6 m<sup>3</sup>. Ilość ta była spójnie wskazana w obu wierszach poz.9. 28 marca 2019 r. zamawiający opublikował zmieniony przedmiar robót zawierający zestawienie dla jednego zamknięcia śluzy (dwóch bram wraz z kieszenią śluzy, blokiem napędowym i wyposażeniem), gdzie w pierwszym wierszu wskazywał 202,6 m<sup>3</sup>, natomiast w drugim 2 x 202,6 m<sup>3</sup> i 405,2 m<sup>3</sup>

Wykonawca zwrócił się do zamawiającego o udzielenie odpowiedzi wyjaśniającej SIWZ (pytanie 712): „Odpowiedź nr 495,59 - Zamawiający potwierdza obmiar dla pozycji nr 9 równy 405,2 m<sup>3</sup> - niestety w przekazanym w ramach aktualizacji przedmiarze robót przy jednostce m<sup>3</sup> w tej pozycji jest wpisany obmiar równy 202,6 i o to inny wykonawca spytał Zamawiającego. W tej sytuacji jest niezgodność obmiarów, a wykonawca nie może na własną rękę zmienić kosztorysu ofertowego, by nie złożyć oferty nieporównywalnej cenowo. Konkurencja Wykonawcy może dochodzić przed KIO odrzucenia oferty, w której Wykonawca sam poprawia obmiar”.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 703 wykonawca w poz. 9 przedmiaru robót - Bramy służy wycenić ma 405,2 m<sup>3</sup>, tj. zgodnie z obmiarem robót wyliczonym w tej pozycji.

Odwołujący pismem z 27 maja 2019 r. zwrócił się do zamawiającego z informacją o konieczności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i poprawienia jego oferty w taki sposób, że zamiast  $2 \times 202,6 \text{ m}^3 \times 2.832,69 \text{ zł/m}^3 = 1.147.805,99 \text{ zł}$ , powinno być  $202,6 \text{ m}^3 \times 2.832,69 \text{ zł/m}^3 = 573.902,99 \text{ zł}$ .

Izba nie przywoływała wcześniejszych odpowiedzi na pytania do treści SIWZ. Wymagania zamawiającego zostały ustalone w odpowiedzi na ostatnie z pytań dotyczących spornej wyceny.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego i uznała, że zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Tak odwołujący, jak i pozostali wykonawcy, wypełnili sporną pozycję kosztorysową zgodnie z odpowiedziami na pytanie udzielonymi przez zamawiającego uwzględniając brak możliwości zmiany pozycji przedmiaru. Wycenie podlegało zatem 405, 2 m<sup>3</sup> a nie 202,6 m<sup>3</sup> betonu.

Stwierdzić też należy, że art. 89 ust. 2 pkt 2 Pzp nie może znaleźć zastosowania w okolicznościach faktycznych sporu. Przepis ten *verba legis* znajduje zastosowanie do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, a więc takich, które są widoczne na pierwszy rzut oka lub co najmniej łatwe do stwierdzenia i wynikają z błędów popełnionych w czasie działań matematycznych. Tymczasem odwołujący domaga się obniżenia ceny swojej oferty odwołując się do opisu przedmiotu zamówienia, co wymaga odwołania się do dokumentacji postępowania i odpowiedzi wyjaśniającej wymagania zamawiającego dotyczące wyceny oferty oraz dokonania wykładni tych oświadczeń. Te okoliczności faktyczne adresują spór do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, którego zastosowanie w okolicznościach sporu nie jest możliwe. Po pierwsze, jak to wskazano wcześniej, tak odwołujący, jak i pozostali wykonawcy wycenili wymaganą przez zamawiającego ilość betonu, nie doszło zatem do omyłek w ofertach. Po drugie, ewentualna poprawa miałaby istotne znaczenie, gdyż jej rezultatem mogłaby być zmiana wyniku postępowania. Oferta odwołującego mogłaby okazać się najkorzystniejsza.

Ad. 12. Zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej.

Zamawiający w Rozdziale V pkt 1.2.2) SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Żądał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne wykazał, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 70 mln zł. Zgodnie z postanowieniem Rozdziału VI pkt 6.1.1) SIWZ, celem wykazania tego warunku należało złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Konsorcjum Besix wezwane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp złożyło opinię bankową z 24 lipca 2019 r. wystawioną przez KBC Bank NV z siedzibą w Belgii. W opinii wskazano m.in., że N.V. Besix S.A. posiada przyznane linie kredytowe na łączną kwotę 100 mln EUR.

Izba uznała, że za pomocą tego dokumentu konsorcjum Besix prawidłowo wykazało posiadanie żądanej przez zamawiającego zdolności kredytowej. Z opinii banku wynika, że wartość kredytu dostępnego dla wykonawcy przewyższa wymaganie zamawiającego. Dostęp do linii kredytowej jest sytuacją odmienną od korzystania przez wykonawcę z kredytu przyznanego mu jednorazowo, który raz wykorzystany, nie jest automatycznie odnawiany. spłaty. Złożone na rozprawie pismo banku-wystawcy opinii potwierdza tę okoliczność.

Ad. 13. Zarzut nieważności oferty konsorcjum Besix z powodu wady umocowania osoby podpisującej ofertę.

Oferta konsorcjum Besix została podpisana przez p. K.K., który działał na podstawie pełnomocnictw udzielonych mu przez członków konsorcjum. Pełnomocnictwo od N.V. BESIX S.A. zostało podpisane przez J.-F. C. M. P. oraz C.J.S. . Zamawiający miał trudności z walidacją podpisu tego ostatniego, co stało się podstawą zarzutów odwołania.

Izba uznała, że pełnomocnictwo do podpisania oferty zostało udzielone Panu K.K. w imieniu lidera konsorcjum we właściwej formie – tj. zostało opatrzone podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przede wszystkim dostrzec należy, że ocenie podlega w tym przypadku stan rzeczy istniejący w dniu udzielenia pełnomocnictwa. Ustaleniu zatem podlegało, czy Pan C.S. udzielając pełnomocnictwa posłużył się podpisem elektronicznym z

certyfikatem ważnym w tej dacie. Izba nie dopatrzyła się podstaw do kwestionowania prawidłowości udzielenia pełnomocnictwa. W szczególności żadne przepisy prawa nie wymagają dla ważności podpisu elektronicznego opatrzenia go kwalifikowanym elektronicznym znacznikiem czasu. Posiadanie tego znacznika ułatwia ocenę dokumentów podpisanych z jego zastosowaniem, ale nie przesądza o jego ważności. Data udzielenia pełnomocnictwa pochodzi z komputera osoby składającej podpis, jednak brak jest podstaw do kwestionowania złożenia podpisu w tej dacie. Natomiast treść samego pełnomocnictwa nie jest kwestionowana.

Powszechnie wiadomo, że podpisywanie podpisem elektronicznym dokumentów i oświadczeń składanych w związku z ubieganiem się o zamówienie często rodzi problemy z walidacją tych podpisów, która jest skuteczna lub nie w zależności od używanego programu. Jest to widoczne w materiałach złożonych przez strony i konsorcjum Besix. W okolicznościach sporu problemy wynikały dodatkowo z wygaśnięcia certyfikatu, który jednak był ważny w dacie udzielania pełnomocnictwa.

Przedstawione oceny znajdują potwierdzenie w dokumentach złożonych do akt sprawy, w szczególności załączonych przez przystępującego do pisma z 9 września 2019 r. oraz są spójne z wyjaśnieniami Pana C.S., który został wysłuchany w charakterze świadka.

Izba uznała, że zamawiający nie wzywając do uzupełnienia pełnomocnictw nie naruszył zatem przepisów ustawy. Tym bardziej nie było podstaw do uznania oferty konsorcjum Besix za nieważną i podlegającą odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w łącznej kwocie 10.800 zł 00 gr, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....