

Sygn. akt: KIO 2635/18

WYROK
z dnia 11 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08.01.2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Przebudowa Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia*” (Numer sprawy: ZNU -227/23/JC/2018)

przy udziale wykonawcy **Strabag Spółka z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu - Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy Strabag Spółka z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie odda zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **24 295 zł 18 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych i osiemnaście groszy) obciąża Zamawiającego - **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia** na rzecz wykonawcy - **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** kwotę w wysokości **24 295 zł 18 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych i osiemnaście groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, zastępstwa przed Izba oraz kosztów dotarcia na posiedzenie z udziałem Stron.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e
do wyroku z dnia 11 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2635/18

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia” (Numer sprawy: ZNU -227/23/JC/2018)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27.09.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 186 – 421087.

W dniu 11.12.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.12.2018 r. przez wykonawcę Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany na podstawie przepisów PZP, a polegającej na zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia STRABAG Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „PZP”) na „Wykonanie przebudowy Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia” nr sprawy: ZNU-227/23/JC/2018 (dalej „Postępowanie”)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust 1 pkt 17 PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia STRABAG Sp. z o.o., który to Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu - tj. w zakresie doświadczenia Pana P. C. wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy - które to doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert i za które to doświadczenie zostały przyznane STRABAG Sp. z o.o. punkty

2. Art 91 ust. 1 PZP - poprzez wybór wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., pomimo że Wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania;

3. Art. 7 ust. 1 i 3 PZP - poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Ewentualnie

4. Art 24 ust 1 pkt 16 PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia STRABAG Sp. z o.o., który to Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu - poprzez podanie nieprawdziwych informacji w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Pana P. C..

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez STRABAG Sp. z o.o.
2. przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert;
3. wykluczenie STRABAG Sp. z o.o. z Postępowania;
4. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego

względnie

5. przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert, w tym umożliwienie STRABAG Sp. z o.o. złożenia wyjaśnień w ramach procedury samooczyszczenia;

6. wykluczenia STRABAG Sp. z o.o.;

oraz

przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedstawione przez Odwołującego na rozprawie

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Termin na wniesienie odwołania

Jak wskazał Odwołujący zgodnie z art. 182 ust 1 pkt. 1 PZP w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art, 11 ust. 8 PZP - odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Informacja o wyborze jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez STRABAG Sp. z o.o. została zamieszczona na

stronie internetowej Zamawiającego oraz przekazana drogą mailową do Odwołującego w dniu 11 grudnia 2018 r. Tym samym 10-dniowy termin na złożenie odwołania upływa w dniu 21 grudnia 2018 r.

Interes w uzyskaniu zamówienia oraz ewentualna szkoda w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Zarówno Odwołujący, jak i STRABAG Sp. z o.o. złożyli oferty w Postępowaniu, przy czym STRABAG Sp. z o.o. zaoferował nieznacznie niższą cenę. Jednocześnie STRABAG Sp. z o.o. uzyskała więcej punktów od oferty Odwołującego w wyniku podania nieprawdziwych informacji odnoszących się do doświadczenia zawodowego wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy - Pana P. C.. Oferta Odwołującego jest tym samym druga w kolejności, co sprawia, że w przypadku wykluczenia STRABAG Sp. z o.o. za podanie nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia zawodowego Pana P. C., oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą, a tym samym może on uzyskać zamówienie.

Zdaniem Odwołującego może on ponieść określoną szkodę w postaci chociażby utraty zysku, który mógłby osiągnąć uzyskując zamówienie.

Uzasadnienie:

Informacje ogólne

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest „Wykonanie przebudowy Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia”,

2. W Rozdziale IX ust. 3 pkt 3 pkt 3) b) tiret pierwszy SIWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie personelu:

4)if „Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej; o którym mowa w ust. 2 pkt 3) niniejszego Rozdziału SIWZ, jeżeli wykaże, że spełnił wszystkie niżej wymienione warunki; (...)

b) dysponuje lub będzie dysponował w okresie wykonywania Zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia:

- Kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub hydrotechnicznej i doświadczenie minimum 8 - letnie jako kierownik budowy, który w tym okresie prowadził co najmniej jedną robotę hydrotechniczną morską w zakresie konstrukcyjnym o wartości co najmniej 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) netto zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego (...).”

3. Następnie pismem z dnia 30 października 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany ww. warunku udziału w postępowaniu na następujący:

„Kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub hydrotechnicznej i doświadczenie minimum 8-letnie jako kierownicy budowy lub kierownik robót, który w tym okresie wykonywał co najmniej jedną robotę hydrotechniczną morską w zakresie konstrukcyjnym o wartości co najmniej 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) netto zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego”.

4. Dodatkowo w tym samym piśmie z dnia 30 października 2018 r. Zamawiający zmodyfikował w kryteriach oceny ofert - ocenę doświadczenia zawodowego Kierownika budowy. Ocena ta jako jedno z dwóch kryteriów (obok ceny] miała się odbywać następująco:

„W ramach kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika budowy” można dostać maksymalnie 20 punktów. Ocena punktowa doświadczenia zawodowego Kierownika budowy będzie oceniana na podstawie ilości wykonanych robót w zakresie i o wartości zgodnych z Rozdziałem IX ust 3 pkt 3) lit b) tiret 1 SIWZ”

Lp	Ilość budów	Liczba punktów, które otrzyma Wykonawca
1	1 budowa	0 pkt
2	2 budowy	5 pkt
3	3 budowy	10 pkt
4	4 budowy	15 pkt
5	5 i więcej budów	20 pkt

5. Jak zatem, zdaniem Odwołującego, widać przyznawanie punktów w ramach tego kryterium następowało w stosunku do budów skonkretyzowanych w treści warunku udziału w postępowaniu określonego zgodnie z Rozdziałem IX ust. 3 pkt 3) lit. b) tiret 1 SIWZ, tj. chodziło o roboty, w których osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót na robocie hydrotechnicznej morskiej w zakresie konstrukcyjnym o wartości co najmniej 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) netto zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążaniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego.

5. Jak wskazał Odwołujący wykonawca STRABAG Sp. z o.o. w formularzu ofertowym na stronie 4 oferty wskazał w pkt 2 na doświadczenie zawodowe Kierownika budowy, które podlegało punktacji - doświadczenie Pana P. C. - wskazując, że posiada on 5 takich budów.

6. Jednocześnie w dokumencie JEDZ na str. 19 i 20 tego dokumentu, wskazał, że Pan P. C. posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty hydrotechnicznej morskiej w zakresie konstrukcyjnym o wartości co najmniej 10 000 000 zł netto zawierającej w swym

zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pograżaniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego, wymieniając jednocześnie następujące roboty: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 20 mln - pełniona funkcja kierownik robót, „Przebudowa Nabrzeża Oksywskiego w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 20 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik robót, „Przebudowa Pirsu B w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 18 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik budowy, „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”, wartość robót ok. 11 mln zł netto - pełniona funkcja: Kierownik robót, „Przebudowa Nabrzeża Górników w Porcie Handlowym w Świnoujściu”, wartość robót ok. 60 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik robót

7. Następnie STRABAG Sp. z o.o. powielił rzeczzone inwestycje przy opisie doświadczenia zawodowego Pana P. C., w przesłanym Zamawiającemu Załączniku nr 7 - Wykaz osób. W wykazie tym wskazano, że Pan P. C. pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót przy następujących inwestycjach: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 20 mln - pełniona funkcja kierownik robót, „Przebudowa Nabrzeża Oksywskiego w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 20 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik robót, „Przebudowa Pirsu B w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 18 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik budowy, „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”, wartość robót ok. 11 mln zł netto - pełniona funkcja: Kierownik robót, „Przebudowa Nabrzeża Górników w Porcie Handlowym w Świnoujściu”, wartość robót ok. 60 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik robót.

8. Jak zatem widać, zdaniem Odwołującego, oświadczenie STRABAG Sp. z o.o., dzięki któremu otrzymał on punkty w kryterium oceny ofert - doświadczenie kierownika budowy, opierało się na przywołanych powyżej pięciu inwestycjach.

Zarzut naruszanie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP

9. Odwołujący wskazuje, że nie wszystkie podane informacje w zakresie doświadczenia Pana P. C. - są informacjami prawdziwymi.

10. W przypadku bowiem inwestycji „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”, STRABAG Sp. z o.o. wartość tej inwestycji wynosiła 1 455 040,40 zł netto, a nie jak podał STRABAG Sp, z o.o. ok. 11 mln zł netto.

11. Ponadto w przypadku inwestycji „*Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba*”, wbrew temu co napisał STRABAG Sp. z o.o. w zakresie robót do wykonania w ramach tej inwestycji, nie było pograżania kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego.
12. Co istotne, wiedzę tę Odwołujący posiada stąd, że był wykonawcą tych robót i ma najlepszą wiedzę w zakresie tego, jaka była wartość tej umowy i co wchodziło w jej zakres rzeczowy.
13. Wszelkie dowody (dokumenty) potwierdzające powyższe, zostaną przedstawione przez Odwołującego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.
14. Jako nieprawdziwą należy również uznać informację w zakresie tego, że Pan P. C. pełnił funkcję kierownika robót przy inwestycji „*Rozbudowa strukturalna istniejącego Nabrzeża Oksywskiego dla celów rozładowniczych - paliwa / amunicji*”
15. W tym czasie pracował on bowiem u Odwołującego, który ma tym samym najlepszą wiedzę w tym zakresie, według której to wiedzy Pan P. C. przy tej inwestycji wskazanej przez STRABAG Sp. z o.o. funkcji nie pełnił
16. Wszelkie dowody (dokumenty) potwierdzające powyższe, zostaną przedstawione przez Odwołującego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.
17. Ponadto, aby zobrazować brak zawodowej rzetelności STRABAG Sp. z o.o. w przygotowaniu oferty i uprzedniej weryfikacji informacji przekazanych Zamawiającemu mających istotne znaczenie przy ocenie oferty, Odwołujący wskazuje, że jako nieprawdziwe informacje należy uznać również wartość robót podaną przy inwestycji „*Przebudowa Pirsu B w Porcie Wojennym w Gdyni*”. STRABAG Sp. z o.o. wskazał na wartość robót ok. 18 mln zł netto. Tymczasem Cena Kontraktowa wynikająca z zawartej umowy (umowa z 13 grudnia 2004 r.) dotyczącej tych robót została ustalona w umowie na kwotę 9.454.390,00 zł netto.
18. Umowa dotycząca tej inwestycji zostanie przedłożona jako dowód na rozprawie.
19. Tym samym zachowanie STRABAG Sp. z o.o. należy oceniać w kategorii uchybienia skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Obowiązkiem bowiem Wykonawcy było zweryfikowanie podanych przez niego informacji, zwłaszcza jeżeli odnosi się do informacji mających istotne znaczenie dla prowadzonego Postępowania, albowiem odnoszących do punktowanego w ramach kryterium oceny ofert doświadczenia kierownika budowy. Nawet jeżeli nie było to zachowanie świadome, to z całą pewnością kwalifikuje się ono pod „niedbalstwo” lub „lekkomyślność”, czyli sytuację, w której wykonawca nie zweryfikował w sposób dostateczny informacji przekazanych mu przez inny podmiot.
20. W tym miejscu warto Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt: KIO 382/17), w którym Izba wskazała m.in., że: „*na podstawie art 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy*

Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przepisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem jeżeli przystępujący przedstawił w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący w sposób nie wymagający specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych danych uznać należy, że Przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art 24 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.”

21. W innym wyroku KIO z dnia 05 września 2018 r. (sygn. akt: KIO 1405/18, KIO 1407/18, KIO 1419/18) Izba wskazała, że: „Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 7 Pzp. tj. zaniechania wykluczenia Konsorcjum S. z postępowania jako wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzieleniu zamówienia, tj. przedłożenia Zamawiającemu informacji odnoszących się do doświadczenia osób wskazanych na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym pełnionych przez te osoby funkcji i czasowego zakresu udziału w określonych projektach. Przedstawienie przez Konsorcjum S. informacji mogły mieć i miały istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez przyznane ww. wykonawcy dodatkowych punktów i stwierdzenie, że wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu. (...) Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy

odpowiada rzeczywistości (wyrok KIO sygn. akt: 1000/18). Złożenie nieprawidłowego wykazu osób z całą pewnością było działaniem lekkomyślnym lub niedbałym."

22. Nie ulega zatem wątpliwości, że takie zachowanie Zamawiającego narusza przepisy art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

23. Konsekwencją powyższego jest naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 91 ust. 1 PZP. Zamawiający wybrał bowiem ofertę Wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania.

24. Jednocześnie z najdalej posuniętej ostrożności należy wskazać, że zachowanie STRABAG Sp. z o.o. należy oceniać również w kategoriach naruszenia art 24 ust. 1 pkt 16 PZP. Opis doświadczenia Pana P. C. konieczny był również w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Jak wskazał Odwołujący w ramach podsumowania, w jego ocenie, odwołanie należy uznać za zasadne i konieczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert zmierzając we wniesionym odwołaniu do

wykluczenia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również i przeprowadziła następujące dowody z dokumentów:

I. Dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w postaci:

1. Kopia umowy z dnia 10.10.2003 r. zawartej pomiędzy Skarbem Państwa – Urząd Morski w Słupsku a Energopol-Szczecin S.A. o wartości 1.412.871,18 zł oraz umowa obejmująca roboty dodatkowe Nr 2/04 z dnia 05.03.2004 r. (dowód nr 1);
2. Protokół odbioru końcowego z dnia 30.03.2004 r. dotyczącego remontu Nadbrzeża Usteckiego w Porcie Łeba z wskazanymi wartościami jak w dowodzie nr 1 (dowód nr 2);
3. Strony 1 – 3 Dziennika wbicia ścianki szczelnej Nr 39/2003/S część I 2003 r. Tom II dla inwestycji obejmującej remont Nadbrzeża Usteckiego w Porcie Łeba realizowanej przez Urząd Morski w Słupsku (dowód nr 3);
4. Fragment opisu technologicznego projektu budowlanego dotyczącego inwestycji obejmującej remont Nadbrzeża Usteckiego w Porcie Łeba z dnia 14.05.2002 r. obejmującego stroną tytułową strony oznaczone numerami 5 – 10 (dowód nr 4);
5. Rysunek techniczny zatytułowany „plan wbicia ścianki szczelnej i rozmieszczenia ściągów” odnoszący się do inwestycji pn. Remont Nadbrzeża Usteckiego w Porcie Łeba – część hydrotechniczna (dowód nr 5);
6. Strona 450 obejmująca rysunki z objaśnienia odnoszące się do rodzajów ścianek szczelnych z opracowania zatytułowanego „Encyklopedia Inżynierii Morskiej” autorstwa Pana Bolesława K. Mazurkiewicza (dowód nr 6);
7. Rysunek techniczny zatytułowany „Plan nadbrzeża” odnoszący się do zadania pn. „Przebudowa nabrzeży w basenie północnym Bazy Oznakowania Nawigacyjnego Urzędu Morskiego w Szczecinie” (dowód nr 7);
8. Odpis umowy nr 42/P/2004/Bud dnia 13.12.2004 r. zawartej pomiędzy Zakładem Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego a Konsorcjum Budimex – Dromex S.A. oraz Energopol-Szczecin S.A. (dowód nr 8);

9. List referencyjny odnoszący się do inwestycji pn. „Rozbudowa strukturalna istniejącego Nabrzeża Oksywskiego dla celów rozładowniczych – paliwa/amunicji” w Porcie Marynarki Wojennej w Gdyni (dowód nr 9);
10. List referencyjny odnoszący się do inwestycji pn. „Rozbudowa nabrzeża Północnego w basenie IX dla celów rozładowniczych-naprawczych skutków zniszczeń/amunicji” w Porcie Marynarki Wojennej w Gdyni (dowód nr 10);
11. Korespondencja elektroniczna (z dnia 19.12.2018 r. oraz z dnia 3 i 4 stycznia 2019 r.) pomiędzy Energopol-Szczecin S.A. a Zakładem Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego (dowody oznaczone numerami 11).

II. Dowody zawnioskowane i złożone przez Przystępującego:

1. Curriculum Vitae Pana P. C. (dowód nr 1);
2. Pismo z dnia 02.01.2019 r. Urzędu Morskiego w Słupsku (dowód nr 2);
3. Potwierdzenie z dnia 05.12.2018 r. podpisane przez Pana P. C. (dowód nr 3);
4. Potwierdzenie z dnia 05.11.2018 r. podpisane przez Pana T. R. (dowód nr 4);
5. Informacja z dnia 07.01.2019 r. podpisana przez Pana T. R. (dowód nr 5);
6. Potwierdzenie z dnia 03.01.2019 r. podpisane przez Pana T. R. (dowód nr 6);
7. Notatka ze spotkania z Energopolem z dnia 04.01.2005 r. (dowód nr 7).

Izba odmówiła przeprowadzenia, zawnioskowanego przez Przystępującego, dowodu z zeznań Świadka Pana T. R. wskazując, że okoliczności, na które miały zostać przeprowadzony ten dowód zostały już wykazane innymi dowodami. Otóż Przystępujący wnioskując o przeprowadzenie tego dowodu nie sformułował nowych tez dowodowych, lecz wnosił o jego przeprowadzenie na potwierdzenie okoliczności już wykazanych w poświadczeniach złożonych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w toku postępowania odwoławczego. Jak w toku rozprawy wskazał pełnomocnik Przystępującego *„Zwraca uwagę na fakt, że Pan T. R., w złożonym kolejnym potwierdzeniu z dnia 03.01.2019 r., dokonał korekty wartości z 18 na 10,8 mln zł, która w tym wypadku mogła być po prostu omyłką. Gdyby te wartości był podważane, wnosi o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - pana T. R. na okoliczność przebiegu tych inwestycji oraz ich wartości. Odsyła do informacji z dnia 07.01.2019 r., z której wynikają powody, z jakich Pan T. R. nie mógł stawić się w charakterze świadka. Przez ten dowód STRABAG mógłby wzmocnić swoją argumentację, gdyż na etapie postępowania nie mógł dokonać weryfikacji tych informacji.”* Tym samym Izba odmówiła przeprowadzenia tego dowodu na podstawie art.190 ust. 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest „Wykonanie przebudowy Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia”,

W Rozdziale IX ust. 3 pkt 3 pkt 3) b) tiret pierwszy SIWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie personelu:

4)if „Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej; o którym mowa w ust. 2 pkt 3) niniejszego Rozdziału SIWZ, jeżeli wykaże, że spełnił wszystkie niżej wymienione warunki; (...)

b) dysponuje lub będzie dysponował w okresie wykonywania Zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia:

- Kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub hydrotechnicznej i doświadczenie minimum 8 - letnie jako kierownik budowy, który w tym okresie prowadził co najmniej jedną robotę hydrotechniczną morską w zakresie konstrukcyjnym o wartości co najmniej 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) netto zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego (...).”

Następnie pismem z dnia 30 października 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany ww. warunku udziału w postępowaniu na następujący:

„Kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub hydrotechnicznej i doświadczenie minimum 8-letnie jako kierownicy budowy lub kierownik robót, który w tym okresie wykonywał co najmniej jedną robotę hydrotechniczną morską w zakresie konstrukcyjnym o wartości co najmniej 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) netto zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego”.

Dodatkowo w tym samym piśmie z dnia 30 października 2018 r. Zamawiający zmodyfikował w kryteriach oceny ofert - ocenę doświadczenia zawodowego Kierownika budowy. Ocena ta jako jedno z dwóch kryteriów (obok ceny] miała się odbywać następująco:

„W ramach kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika budowy” można dostać maksymalnie 20 punktów. Ocena punktowa doświadczenia zawodowego Kierownika budowy będzie oceniana na podstawie ilości wykonanych robót w zakresie i o wartości zgodnych z Rozdziałem IX ust 3 pkt 3) lit b) tiret 1 SIWZ”

Lp	Ilość budów	Liczba punktów, które otrzyma Wykonawca
1	1 budowa	0 pkt
2	2 budowy	5 pkt
3	3 budowy	10 pkt
4	4 budowy	15 pkt
5	5 i więcej budów	20 pkt

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z cena ofertowa wynoszącą 39.976.643,85 zł. Wykonawca Energopol-Szczecin S.A. złożył ofertę z cena ofertową wynoszącą 42.757.580,00 zł. Wykonawca Strabag Spółka z o.o. w formularzu ofertowym na stronie 4 oferty wskazał w pkt 2 na doświadczenie zawodowe Kierownika budowy, które podlegało punktacji - doświadczenie Pana P. C. - wskazując, że posiada on 5 takich budów.

Wykonawca Strabag Spółka z o.o. w dokumencie JEDZ na str. 19 i 20 tego dokumentu, wskazał, że Pan P. C. posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty hydrotechnicznej morskiej w zakresie konstrukcyjnym o wartości co najmniej 10 000 000 zł netto zawierającej w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogażaniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego, wymieniając jednocześnie następujące roboty: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 20 mln - pełniona funkcja kierownik robót, „Przebudowa Nabrzeża Oksywskiego w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 20 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik robót, „Przebudowa Pirsu B w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 18 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik budowy, „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”, wartość robót ok. 11 mln zł netto - pełniona funkcja: Kierownik robót, „Przebudowa Nabrzeża Górników w Porcie Handlowym w Świnoujściu”, wartość robót ok. 60 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik robót.

Wykonawca Strabag Spółka z o.o. wraz z pismem z dnia 27.11.2018 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.11.2018 r., złożył m.in. w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykaz osób wraz z

uprawnieniami. W wykazie tym na stanowisko kierownika budowy został wskazany Pan P. C.

Wykonawca Strabag Spółka z o.o. przy opisie doświadczenia zawodowego Pana P. C., w przesłanym Zamawiającemu Załączniku nr 7 - Wykaz osób wskazał kilka inwestycji. W wykazie tym wskazano, że Pan P. C. pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót przy następujących inwestycjach: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 20 mln - pełniona funkcja kierownik robót, „Przebudowa Nabrzeża Oksywskiego w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 20 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik robót, „Przebudowa Pirsu B w Porcie Wojennym w Gdyni”, wartość robót ok. 18 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik budowy, „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”, wartość robót ok. 11 mln zł netto - pełniona funkcja: Kierownik robót, „Przebudowa Nabrzeża Górników w Porcie Handlowym w Świnoujściu”, wartość robót ok. 60 mln zł netto - pełniona funkcja: kierownik robót.

Wykonawca Strabag Spółka z o.o. pismem z dnia 06.12.2018 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.12.2018 r., złożył uszczegółowiony załącznik nr 7 prezentując doświadczenie kierownika budowy – Pana P. C.. Jednocześnie przekazał Zamawiającemu dwa potwierdzenia z dnia 05.11.2018 r. podpisane przez Pana T. R. oraz Pana P. C..

Zamawiający pismem z dnia 10.12.2018 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejsza została uznana oferta wykonawcy Strabag Spółka z o.o. otrzymując łącznie 100 punktów, w tym 20 punktów w ramach kryterium pozacenowego – doświadczenie zawodowe kierownika budowy. Na drugim miejscu uplasował się oferta wykonawcy Energopol-Szczecin S.A. otrzymując łącznie 94,80 punktów.

Na powyższa czynności Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w ramach rozpoznania środków ochrony prawnej ocenie i weryfikacji pod względem zgodności z prawem podlegają czynności podmiotu

zamawiającego. O ile jest prawdą, jak wskazywał na rozprawie Zamawiający, że w ramach obecnego modelu postępowania podmioty zamawiające swoje decyzje m.in. w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu opierają na oświadczeniach własnych wykonawców i brak jest zatem niejako z założenia (prewencyjnie) obowiązku ich weryfikowania to zupełnie inaczej sytuacja przedstawia się wówczas, gdy podmiot zamawiający uzyska informacje podważające prawdziwość oświadczeń składanych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z taką sytuacją mamy do czynienia również wtedy, gdy prawdziwość oświadczeń wykonawców jest kwestionowana w drodze środków ochrony prawnej.

W niniejszym wypadku Odwołujący zakwestionował łącznie cztery elementy oświadczeń złożonych w ofercie Przystępującego w odniesieniu do osoby Pana P. C. – co powinno zmusić Zamawiającego do refleksji i podjęcia prób ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy. Tak się jednak nie stało i Zamawiający w tym zakresie nie podjął żadnych czynności podejmując *stricte* formalną linię obrony przed zarzutami zawartymi w odwołaniu, do czego Izba ustosunkuje się w dalszej części uzasadnienia. Powyższe zaniechania Zamawiającego miały miejsce mimo faktu, iż Odwołujący wskazał odmienny od zawartego w ofercie Przystępującego stan rzeczy dodatkowo wskazując, że to Odwołujący był stroną umów wskazanych przez wykonawcę Strabag Spółka z o.o. w załączniku nr 7 – co było okolicznością możliwą do zweryfikowania przez Zamawiającego choćby w oparciu o oświadczenia Przystępującego. Nie sposób również uznać aby w takiej sytuacji istniały trudności w zidentyfikowaniu dowodów jakie może przedstawić Odwołujący na potwierdzenie okoliczności wskazanych w odwołaniu. Dowodami takimi mogły bowiem być umowy zawarte z inwestorem, protokoły odbioru, fragmenty dokumentacji technicznej, jak również faktury lub dzienniki budowy. Trzy pierwsze z tej listy rodzaje dokumentów zostały w istocie złożone przez Odwołującego do momentu zamknięcia rozprawy.

Odnosząc się w tym miejscu do kwestii dowodowych Izba wskazuje, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne i zmierza do uzyskania z tego tytułu korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed

Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego o braku możliwości pozyskania i tym samym przeprowadzenia dowodów podważających okoliczności wykazane przez Odwołującego, jak również zarzutów wobec działań tego ostatniego polegających na wybiórczym prezentowaniu dowodów i stosowaniu niedopuszczalnej w takiej sytuacji „taktyki procesowej” Izba wskazuje, że argumentacja ta wymaga refleksji i analizy. Zgodzić się należy z przeciwnikami procesowymi Odwołującego, że od momentu realizacji inwestycji wskazanych jako doświadczenie p. P. C. upłynął znaczny okres czasu. Jednakże obowiązujące przepisy, jak również doświadczenie życiowe wskazuje, że tego rodzaju inwestycje, w tym wypadku związane z infrastrukturą portową, są przedsięwzięciami wysoce sformalizowanymi, co do ich przebiegu i podlegają regułom właściwym dla procesu budowlanego. Proces ten ze swej natury cechuje się nie tylko wspomnianym wcześniej formalizmem, lecz także wielością jego uczestników i organów uczestniczących w jego poszczególnych etapach. Kwestiami spornymi pomiędzy stronami były okoliczności odnoszące się do wartości, technologii wykonania prac (*stricte* rodzaju pogrążanych ścianek szczelnych) oraz samego faktu pełnienia przez p. P. C. funkcji kierownika robót. Jak wskazał ten ostatni, i co wynika również z dowodów przedstawionych przez Odwołującego, tego rodzaju inwestycji zastosowanie ma dodatkowy dziennik budowy (dziennik pogrążania ścianek szczelnych) – a więc inwestycje takie odznaczają się wyższym formalizmem od tzw. zwykłych inwestycji infrastrukturalnych. Powyższe oznacza, że dokumentacja odnosząca się do tego rodzaju inwestycji może być w posiadaniu nie tylko inwestora, lecz również organów administracji architektoniczno-budowlanej (nawet jeżeli obiekt budowlany był realizowany na terenach zamkniętych lub portowych zmienia się jedynie właściwość organu), organów nadzoru budowlanego, inspekcji pracy, czy też organów skarbowych. Jeżeli wykonawcą inwestycji były spółki prawa handlowego, a tak było w tym wypadku, sprawozdania finansowe i dokumenty bilansowe mogą zostać pozyskane z Krajowego Rejestru Sądowego. Dodatkowo, jeżeli p. P. C. realizował wspomnianą inwestycję z ramienia Spółki Energopol-Szczecin, która swoją siedzibę ma w Szczecinie, zaś obie kwestionowane inwestycje były realizowane poza jej siedzibą (Łeba i Gdynia) Przystępujący mógł za pośrednictwem p. C. poczynić starania o pozyskanie archiwalnych dokumentów kadrowych, w których mogłyby znajdować się informacje np. o pełnionych funkcjach, stanowiskach, dietach lub delegacjach.

Okres archiwizowania tych dokumentów wynosi wszakże 50 lat od daty ustania stosunku pracy, pracownikowi zaś przysługuje prawo nieograniczonego dostępu do tych dokumentów. W takim wypadku ewentualna odmowa ich udostępnienia przez ówczesnego pracodawcę (m.in. przez Energopool-Szczecin S.A.) byłaby przedmiotem oceny Izby. Taka okoliczność może mieć bowiem wpływ na rozstrzygnięcie i ramach procesu cywilnego doczekała się obszernego orzecznictwa w oparciu o dyrektywę wynikającą z treści art. 248 ustawy Kodeks postępowania cywilnego. Dodatkowo Izba w ramach swobodnej oceny dowodów poddałaby ocenie taką okoliczność stosując w ramach odesłania z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp *per analogiam* art. 233 § 2 ustawy Kodeks postępowania cywilnego, który stanowi, że: „Sąd oceni na tej samej podstawie, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu”.

W trakcie rozprawy p. P. C. wskazywał również na okoliczność nałożenia mandatu na uczestników procesu budowlanego (kierowników) przez organy nadzoru budowlanego, która to okoliczność mogłaby wskazywać na wysokie prawdopodobieństwo istnienia w tym organie archiwalnych dokumentów z czynności kontrolnych, w ramach których organy te każdorazowo w protokole kontroli ujmuje nazwiska osób pełniących w ramach inwestycji określone funkcje.

W zakresie charakteru ścianek szczelnych (co do faktu ich kombinowanego rozwiązania) Izba przyjęła za racjonalną argumentację Odwołującego popartą zarówno wizualizacją rozwiązań na przykładowych schematach, jak również literaturą fachową. W tym zakresie, jeżeli Przystępujący nie mógłby uzyskać dostępu do dokumentacji projektowej i technicznej, mógłby poczynić starania do wykazania rodzaju tych ścianek z natury (np. przez dokumentację fotograficzną), gdyż nierzadko ich górne fragmenty są widoczne mimo pograżenia, a jeżeli tak nie jest w tym wypadku (np. na skutek zastosowania żelbetonowego oczepu) powinien udowodnić, że ścianki te w całości są niewidoczne.

W niniejszym wypadku brak jest inicjatywy dowodowej w tym zakresie, która *de facto* ograniczyła się do jednej próby pozyskania dokumentacji od Urzędu Morskiego w Słupsku i w tym zakresie nie doszło do wykazania (stosownym dowodem) przez Przystępującego, w jakim momencie wystąpił o te informacje.

Sposób i umiejętność gromadzenia i pozyskiwania materiału dowodowego jest również kwestią doświadczenia i taktyki procesowej, zaś zaniechania w tym zakresie wpływają negatywnie na sytuację procesową uczestników sporu o charakterze kontradiktoryjnym.

Nie sposób zatem czynić zarzutów wobec sposobu przeprowadzania dowodów jeżeli przepisy ustawy Pzp umożliwiają ich przedstawianie do momentu zamknięcia rozprawy. Regułą jest bowiem, że w treści środka ochrony prawnej, stosownie do regulacji art. 180 ust.

3 ustawy Pzp, należy wskazać m.in. zarzuty, żądania oraz ich podstawy prawne i faktyczne – co stanowi swego rodzaju sygnalizację dla Zamawiającego, że podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej jest w stanie udowodnić (wykazać przed Izbą) fakty, które leżą u podstaw postawionym w odwołaniu zarzutom. Rolę tę zapewnia również obowiązek przekazania podmiotowi zamawiającemu kopii odwołania. Ponadto skuteczność środka ochrony prawnej uzależniona jest, stosownie do treści 187 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, od wniesienia wpisu jako środka zapobiegającego bezpodstawnemu korzystaniu z drogi zaskarżenia. W niniejszym wypadku odwołanie zawierało wszelkie wymagane prawem elementy, w tym zostało należycie opłacone, a co za tym idzie pozwalało zarówno Zamawiającemu od dnia 21.12.2018 r., jak i Przystępującemu od dnia 24.12.2018 r. do przedsięwzięcia czynności zmierzających do zgromadzenia materiału dowodowego, czy choćby do weryfikacji podstaw faktycznych zarzutów zawartych w odwołaniu.

Jak zostało wcześniej wskazane przeciwnicy procesowi Odwołującego nie powinni mieć trudności w identyfikacji dowodów, jakie Odwołujący mógł przedstawić na potwierdzenie zarzutów kwestionujących prawdziwość oświadczeń w zakresie wartości robót budowlanych, technologii ich wykonania oraz faktu pełnienia przez określoną osobę funkcji w troku procesu budowlanego.

W zakresie kwestii związanej z osobowymi dowodami Izba zwraca uwagę, że Przystępujący jako profesjonalista, mając na uwadze często spotykane sytuacje nierzetelnego prezentowania informacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których jest częstym uczestnikiem, oraz mając na uwadze orzecznictwo Izby i sądów powszechnych w tym zakresie winien cechować się znajomością standardów wyznaczonych przez to orzecznictwo.

Posiłkowanie się przy ustalaniu wartości inwestycji, ich zakresu jedynie wiedzą osób, które kilkanaście lat temu pełniły na inwestycji funkcję kierownika robót lub nawet kierownika budowy jest niewystarczające dla zachowania takich standardów. Powinna zwrócić uwagę Przystępującego okoliczność, że osoby z którymi podjął współpracę, na potwierdzenie przekazanych Jemu danych nie przedstawiają żadnych obiektywnych dokumentów kierując się jedynie swoją pamięcią sprzed kilkunastu lat w ogólnym, wieloletnim branżowym doświadczeniu. Jak ustalono w oparciu o dowody złożone przez samego Przystępującego p. T. R. sam przyznał, że pomylił się prezentując wartość jednej z inwestycji o ponad 7 mln zł dokonując samodzielnie korekty z wartości 18 mln zł na 10,8 mln zł. Pan P. C. po zapoznaniu się z dowodem w postaci umowy odnoszącej się do pierwszej z kwestionowanych przez Odwołującego inwestycji nie krył na rozprawie zdziwienia, że wartość wynikająca ze złożonej kopii umowy jest niemal 10-krotnie niższa niż ta która została przez Niego wskazana. Wszystkie te okoliczności świadczą o tym, że w tym konkretnym wypadku, posłużenie się przez Przystępującego dowodami opierającymi się na źródłach osobowych było

niewystarczające dla zachowania należytej staranności wymaganej od profesjonalisty w tych określonych okolicznościach, tj. przy uwzględnieniu upływu kilkunastoletniego okresu czasu od rozpoczęcia i zakończenia tych inwestycji oraz przy uwzględnieniu zmian realiów mikro i makroekonomicznych. Izba mając na uwadze powyższe nie doszukała się zatem wypełnienia hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, lecz uznała, że w tym przypadku mieliśmy do czynienia z niedbalstwem Przystępującego prowadzącym do znamienego ze względu na treść art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp skutku w postaci przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co do faktycznego doświadczenia personelu wykonawcy (w tym wypadku dodatkowo punktowanego w oparciu o pozacenowe kryteria oceny ofert), które to działania miały wpływ na decyzję Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Strabag Spółka z o.o. w wyniku zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Jak bowiem wynika z sekwencji czynności zmierzających do rozstrzygnięcia postępowania za najkorzystniejszą nie może być uznana oferta wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania, niezależnie od tego o ile ulegnie zmniejszeniu liczba przyznanych mu punktów w odniesieniu do zakwestionowanych danych mających wpływ na ranking ofert.

Prezentowanie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego inwestycji zakończonych kilkanaście lat temu i prezentowanie danych na temat tych inwestycji w oparciu o oświadczenia osób, które swoją wiedzę czerpią jedynie z pamięci, jest czynnością obarczoną ze swej natury bardzo wysokim ryzykiem. Pamięć ludzka jest zawodna i w tym wypadku reguła ta została potwierdzona konkretnymi przykładami. Przystępujący Strabag Spółka z o.o. podjął to ryzyko, co poskutkowało zakwestionowaniem prawdziwości tych oświadczeń przez konkurencyjnego przedsiębiorcę.

Przechodząc od zagadnień natury ogólnej, które w tym wypadku miały równorzędne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu, do czterech podstaw faktycznych zarzutów Izba wskazuje, że ziszczenie się którejkolwiek z podniesionych w odwołaniu podstaw skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania będzie miało wpływ na uwzględnienie rozpoznawanego środka ochrony prawnej. Jest to wynikiem faktu, iż każda podstawa faktyczna tworzy odrębny zarzut wpisujący się, lub nie, we wskazaną podstawę prawną stanowiącą wzorzec kontroli dla działań podmiotu zamawiającego.

Wartość robót inwestycji pn. „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”

W zakresie podstawy faktycznej odnoszącej się do wartości inwestycji „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”, gdzie Odwołujący wykazał, że wartość tej inwestycji wynosiła według umowy 1 455 040,40 zł netto, zaś wykonawca STRABAG Sp. z o.o. podał w

swojej ofercie wartość na poziomie około 11 mln zł netto wskazać należy, kierując się doświadczeniem życiowym i zasadami logicznego rozumowania, iż jest mało prawdopodobne aby wartość robót dodatkowych dla tego zadania przekraczała kilkukrotnie wartość umowy podstawowej. W tym zakresie na uwagę zasługują również wyjaśnienia pełnomocnika Przystępującego p. P. C., który miał poważne wątpliwości, co do tej wartości jednakże wynikały one raczej z zatarcia Jego wiedzy w wyniku upływu czasu, nie zaś ze względu na fakt, iż wartość wykazana przez Odwołującego dowodem w postaci treści umowy jest mało prawdopodobna. Izba w tym zakresie zwraca uwagę na upływ czasu i tym samym zmianę realiów gospodarczych. Otóż p. P. C. czyniąc próby odtworzenia wartości tego kontraktu kierował się obecnym poziomem kosztów takich robót – co jednoznacznie wynika z jego stanowiska zaprezentowanego na rozprawie.

W zakresie tej podstawy faktycznej zarzutu Izba wartość kontraktu na poziomie wskazanym przez Odwołującego uznała za udowodnioną przez tego ostatniego. Odwołujący złożył nie tylko jako dowód numer 1 - kopię umowy z dnia 10.10.2003 r., odnoszącą się do inwestycji obejmującej remont Nadbrzeża Usteckiego w Porcie Łeba, gdzie w § 4 ust. 1 widnieje wartość tego kontraktu w wysokości 1 412 871,18 zł oraz umowę na roboty dodatkowe, opatrzoną nr 2/04, która opiewa na kwotę 42 169.22 zł ale w zakresie tej samej inwestycji przedłożył jako dowód numer 2 – protokół odbioru końcowego z dnia 30 marca 2004 r., gdzie widnieją identyczne wartości, jak w pierwszym kontrakcie. Wykazanie tej okoliczności, nie budzi w ocenie Izby, wątpliwości. Nie sposób w tym wypadku zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że prezentacja tych dowodów może mieć charakter wybiórczy i że mogą istnieć inne umowy na roboty dodatkowe prowadzące do wniosku, że wartość tej inwestycji przekroczyła kwotę 10 mln zł. Po pierwsze okoliczności o istnieniu takich umów nie tylko nie zostały przez przeciwników procesowych Odwołującego udowodnione, zgodnie z ogólnymi regułami dowodowymi, lecz nie doszło nawet do uprawdopodobnienia takiej okoliczności. Sposób ustalenia wartości tej inwestycji przez Przystępującego wyłania się, jak wyżej wskazano, ze stanowiska zaprezentowanego na rozprawie przez p. P. C.. Był on wynikiem czystych spekulacji pokazując, że pamięć ludzka jest zawodna i nierzadko zdarzenia przeszłe nabierają innego kształtu przy ich konfrontacji z istniejącym współcześnie stanem rzeczy. Jak wynika z wypowiedzi Pana P. C. swego rodzaju „szacowanie” wartości tej inwestycji zostało przez Niego dokonane w oparciu o obecnie funkcjonujące koszty tego typu prac. Poddając analizie powyższe oświadczenia pełnomocnika Izba zwraca również uwagę na fakt, że lata 2003 – 2004, kiedy rozpoczynała się ta inwestycja, poprzedzały dopiero zwiększoną koniunkturę na rynku budowlanym, która na skutek akcesji Polski do Unii Europejskiej rozpoczęła się dopiero w roku 2006 r. Okres poprzedzający akcesję Polski do Unii był okresem stagnacji, stąd też ceny na rynku budowlanym z tego okresu znacząco odbiegały nie tylko od cen z chwili obecnej, ale również

z lat poprzedzających rok 2008, kiedy światowymi rynkami wstrząsnął kryzys finansowy. Tym samym własne szacunki Pana P. C., co do wartości tego kontraktu, na których oparł się Przystępujący, były błędne, gdyż na ustalenie tej wartości miało wpływ wiele czynników, w tym w szczególności odległość czasowa od daty realizacji omawianej inwestycji.

W tym zakresie Izba uznała, że Przystępujący co najmniej w wyniku niedbalstwa, nie poddając weryfikacji informacji przedstawionych przez osobę dedykowaną do realizacji zamówienia i wskazaną przez Niego w załączniku nr 7 do oferty, wprowadził Zamawiającego w błąd, co do wartości inwestycji, która to informacja przełożyła się na ilość punktów uzyskanych przez wykonawcę Strabag Spółka z o.o. oraz w konsekwencji skutkowało uznaniem oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą na skutek zaniechania wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Typ ścianek szczelnych realizowanych w ramach inwestycji pn. „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”

W przypadku inwestycji „Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba”, Odwołujący, wbrew oświadczeniu wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., kwestionował okoliczność pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego. W ocenie Izby należy przychylić się do stanowiska Odwołującego, wykazanego dowodami w postaci rysunków technicznych oraz literatury przedmiotu, że przez kombinowaną ściankę szczelną należy uznać ściankę wyposażoną w dodatkowe elementy konstrukcyjne, w tym że ich rozmieszczenie musi cechować się pewnego rodzaju regularnością. Zabudowanie na końcu ścianki jednego pała, jak wskazywał pełnomocnik Przystępującego, nie może zostać zakwalifikowane jako zmiana odnosząca się do charakteru samej ścianki, lecz jako dodatkowy element konstrukcyjny służący jej stabilnemu posadowieniu (pogrążeniu).

Na powyższą okoliczność Odwołujący przedstawił szereg dowodów, zarówno z samej dokumentacji inwestycji, jak i spoza niej.

W tym zakresie powołał dowód oznaczony numerem 3 w postaci dziennika wbicia ścianki szczelnej zwracając uwagę, że z systemem kombinowanym mamy do czynienia, wówczas gdzie ścianki szczelne są uzupełniane (wzmocnienie) przez dołożenie dodatkowych elementów, i taka sama kombinacja służąca wzmocnieniu ścianki, może być uznana za kombinowaną ściankę szczelną. W dowodzie oznaczonym numerem 3, w kolumnie 4, gdzie zawarty jest typ elementu, wskazano ten sam element oznaczony symbolem PU12. Dowód numer 4 – fragment opisu technicznego projektu budowlanego na stronach 6 oraz stronie 10, gdzie w pkt 7.1. oraz 8.4 wskazano jednolite elementy z brusów typu PU12. W ocenie Izby powyższe dowody przemawiają za argumentacją Odwołującego, że ścianka szczelna dla tej inwestycji została wykonana z elementów typowych, pozbawionych cech ścianki

kombinowanej, a więc uzupełnianej dodatkowymi elementami (profilami), co wynika jednoznacznie z przedłożonych dokumentów.

Na tą samą okoliczność Odwołujący przedstawił jako dowód numer 5 rysunek techniczny z projektu budowlanego części hydrotechnicznej, gdzie w górnej części rysunku znajduje się jednolity rysunek zaznaczony w dowodzie w kolorze czerwonym, jako pojedyncza ścianka szczelna o długości 158,7m. Informacje wynikające z tego dowodu pozwalają na przyjęcie, że ścianka wykonana jest z jednolitego elementu w postaci typowego profilu ścianki szczelnej, bez elementów kombinowanych.

Z przedłożonego przez Odwołującego dowodu oznaczonego numerem 6 w postaci strony 450 Encyklopedii Inżynierii Morskiej autorstwa Pana Bolesława Mazurkiewicza na rysunkach oznaczonym literą f) zostały zobrazowane kombinowane ścianki szczelne. Izba oceniając ten dowód przychyliła się do argumentacji Odwołującego, że aby ścianka szczelna posiadała charakter kombinowany winna w jej konstrukcji występować pewna regularność wzmocnień w postaci dodatkowych profili. Tym samym Izba nie przychyliła się do stanowiska pełnomocnika Przystępującego, że występowania pała narożnikowego nadaje ściance charakter elementu kombinowanego. Pał narożnikowy jest elementem kotwiącym krańce ścianek i nie sposób uznać, że jego wykonanie nadaje całej ściance taki charakter.

Tym samym w ocenie Izby łączna analiza powyższych dowodów powoduje, że w ramach zakwestionowanej przez Odwołującego inwestycji przedmiotem robót nie było pogrążanie kombinowanej ścianki szczelnej, lecz jej standardowej formy. Tym samym uznać należy, że doszło do wykazania, iż złożone przez Przystępującego w załączniku nr 7 oświadczenie nie odpowiadało faktom na skutek braku dochowania należytej staranności przez wykonawcę Strabag Spółka z o.o. w ramach czynności gromadzenia i weryfikacji informacji przedstawianych Zamawiającemu w toku postępowania. Tym samym czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu oferty Przystępującego za najkorzystniejszą była obarczona wadą, gdyż również w zakresie tej podstawy faktycznej (odnoszącej się do charakteru realizowanych robót) ziściła się hipoteza normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i doszło do zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Tym samym Izba mając na uwadze jednolite w tym zakresie orzecznictwo w ramach którego za niedopuszczalne uznać należy „zastępowanie” informacji nieprawdziwych prawdziwymi w wyniku uzupełnienia dokumentów nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy Strabag Spółka z o.o. z postępowania. Dodatkowo należy wskazać, iż w przypadku kwestionowania przez wykonawcę faktu złożenia nieprawdziwych informacji, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, wykonawcy temu nie przysługują dobrodziejstwa instytucji samooczyszczenia (*self cleaning*). Stąd też w takim wypadku potwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji skutkuje eliminacją wykonawcy z postępowania.

Zadanie obejmującej modernizację Pirsu B w bazie Morskiej w Gdyni

Wg stanowiska Odwołującego z protokołu kolejne zarzuty i składane na ich potwierdzenie dowody odnoszą się do inwestycji obejmującej modernizację Pirsu B w bazie Morskiej w Gdyni, realizowanego na rzecz Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północno-Atlantyckiego. W tym zakresie Odwołujący powołał m.in. dowód oznaczony numerem 8, w postaci umowy z dnia 13.12.2004 r., gdzie w pkt 4 wskazano cenę kontraktową w wysokości 9 454 390 zł. STRABAG odnosząc się do powyższej inwestycji podał 2-krotnie wyższą wartość na poziomie 18 mln zł. W zakresie kolejnego elementu faktycznego zarzutów Odwołujący wskazał również na dowody oznaczone numerami od 9 do 11. W pierwszym przypadku dowód obejmuje referencje i wskazuje nazwę generalnego wykonawcy. Kolejnym dowodem złożony na tą okoliczność jest dowód oznaczony numer 10 – pokazuje, zdaniem Odwołującego, że w tym miejscu mamy do czynienia z dwoma zadaniami, na tej samej inwestycji. Jak wskazał Odwołujący na rozprawie dowód numer 9 odnosi się do zadania oznaczanego jako 2NB 15002, zaś dowód numer 10 – oznaczony został w tym przypadku, jako 2NB 15003. Jak wskazał Odwołujący obie te zadania były realizowane na rzecz tego samego inwestora. W związku z powyższym, przedstawiona korespondencja mailowa, odnosi się do funkcji pełnionych na tych zadaniach przez poszczególnych kierowników robót. Dowód numer 11 – korespondencja, która wskazuje na to, kto pełnił funkcję kierownika, w tym dokonywał wpisów do dziennika budowy. Zdaniem Odwołującego, jako rzeczywiste pełnienie tej funkcji, należy rozumieć udział osoby, w tym dokonywanie wpisów do dziennika budowy. Z korespondencji pomiędzy Panem T. G. (z dnia 4.01.2019 r.) wynika, że osoba ta z ramienia inwestora, w zakresie zadania oznaczonego nr 2NB15002 – a więc tego, które zostało wskazane przez Przystępującego, nie stwierdza czy Pan P. C. dokonywał wpisów do dziennik budowy. Zdaniem Odwołującego powyższe świadczy o tym, że osoba ta nie pełniła tej funkcji.

Pełnienie funkcji kierownika robót

Odwołujący w odwołaniu zarzucił wykonawcy Strabag Spółka z o.o. przedstawienie jako nieprawdziwej informacji w zakresie tego, że Pan P. C. pełnił funkcję kierownika robót przy inwestycji „*Rozbudowa strukturalna istniejącego Nabrzeża Oksywskiego dla celów rozładowniczych - paliwa / amunicji*”. Na dowód powyższego przedstawił korespondencję elektroniczną z przedstawicielami inwestora, w ramach której pracownicy Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego zaślaniają się brakiem dostępu do pełnej

dokumentacji, choć z treści tej korespondencji wynika, że inwestor jest w posiadaniu Dzienników Budowy dla tej inwestycji.

W tym zakresie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał jednoznacznie okoliczności, że Pan P. C. takiej funkcji nie pełnił na tej inwestycji. Analiza dokumentacji budowy przez przedstawicieli inwestora ma charakter pobieżny – co wyłania się z treści korespondencji przedłożonej przez Odwołującego jako dowód. Nie można zatem tak przeprowadzonej analizy dokumentów uznać za miarodajną, jeżeli sama osoba jej dokonująca, wskazuje na taką okoliczność.

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Zamawiającego, który wskazał na rozprawie, że z dowodów oznaczonych numerami od 9 do 11 nie wynika jednoznacznie, iż Pan P. C. nie pełnił funkcji kierownika na kwestionowanej przez Odwołującego inwestycji. Jedynie wynika z nich, że dokonywał w przypadku 1 zadania wpisy do dziennika budowy, a w przypadku 2 zadania takich wpisów nie dokonywał. Dodatkowym argumentem za oddaleniem tego zarzutu jest okoliczność, że pełnomocnik ze strony Zamawiającego – Pan T. W. był osobą bezpośrednio zaangażowaną na tej inwestycji, będąc wówczas pracownikiem Odwołującego, pełniącym funkcję inżyniera budowy i potwierdza, że Pan P. C. pełnił funkcję kierownika na obu tych zadaniach. Tym samym Izba poddając ocenie czynności przedsięwzięte przez Zamawiającego w toku postępowania uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania takiego oświadczenia Przystępującego.

Stąd też w zakresie podstawy faktycznej odnoszącej się do pełnienia przez Pana P. C. funkcji kierownika robót Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony przez Odwołującego.

Wartość inwestycji pn. „Przebudowa Pirsu B w Porcie Wojennym w Gdyni”

Odwołujący aby zobrazować brak zawodowej rzetelności STRABAG Sp. z o.o. w przygotowaniu oferty i uprzedniej weryfikacji informacji przekazanych Zamawiającemu mających istotne znaczenie przy ocenie oferty wskazał również jako nieprawdziwą informację o wartości robót dla inwestycji „Przebudowa Pirsu B w Porcie Wojennym w Gdyni”. STRABAG Sp. z o.o. wskazał na wartość robót ok. 18 mln zł netto. Tymczasem, jak argumentował Odwołujący, cena kontraktowa wynikająca z zawartej umowy (umowa z 13 grudnia 2004 r.) dotyczącej tych robót została ustalona w umowie na kwotę 9.454.390,00 zł netto.

W odniesieniu do tej podstawy faktycznej zarzutu Przystępujący przedstawił na rozprawie dowód w postaci zmodyfikowanego potwierdzenia podpisanego przez p. T. R., gdzie dokonano korekty tej wartości na kwotę 10,8 mln złotych uzasadniając korektę omyłką. Powyższe, w ocenie Izby, jednoznacznie świadczy o braku należytej staranności po stronie Przystępującego w prezentowaniu tej informacji.

Rzeczywiście kwota wynikająca z umowy podstawowej jest nieznacznie niższa niż próg 10 mln zł wynikający z warunku postawionego przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Doświadczenie życiowe podpowiada również, że przy tego rodzaju robotach mogły wystąpić roboty dodatkowe zwiększające wartość początkową tej inwestycji. W tym wypadku, odnosząc się do postulatu Przystępującego, o równoprawności poszczególnych środków dowodowych (dowodów z dokumentów i źródeł osobowych) należy poddać ocenie te dowody. Otóż pierwotna wartość kontraktu została przez Odwołującego wykazana dowodem z dokumentu w postaci kopii umowy podstawowej dla tego kontraktu. Jak słusznie wskazywał na rozprawie Zamawiający dla tej inwestycji, analogicznie jak przy pierwszym zarzucie, Odwołujący jako dowodu nie załączył końcowego protokołu odbioru robót. Okoliczność ta przemawia za negatywną oceną przez Izbę zaniechania Odwołującego w tym zakresie. Z drugiej strony poświadczenia Pana T. R. złożone przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wraz z pismem z dnia 06.12.2018 r.) zawierało błąd, którego popełnienie było w takich okolicznościach możliwe. Jeżeli Pan T. R. pełnił na powyższym zadaniu funkcję dyrektora kontraktu, której to okoliczności Odwołujący nie kwestionował, a zatem którą Izba uznała za przyznaną, to mógł posiadać wiedzę, że ostateczna wartość tej inwestycji przekraczała 10 mln zł. Oznacza to, w ocenie Izby, że Przystępujący w tym zakresie dochował należytej staranności w pozyskaniu tych informacji – a zatem w zakresie tej podstawy faktycznej nie wypełniła się hipoteza normy prawnej ujętej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Tym bardziej nie możemy mówić o wypełnieniu się hipotezy normy ujętej w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W tym miejscu dla porównania, odnosząc powyższy zarzut do zarzutu związanego z wartością zadania zatytułowanego „*Przebudowa Nabrzeża Usteckiego w Porcie Łeba*”, Izba wskazuje, że prawdopodobieństwo, że wartość ostateczna dla inwestycji na skutek realizacji robót dodatkowych zamyka się kwotą niemal 10-krotnie wyższą niż wartość początkowa inwestycji jest niemal bliskie zeru. Dodatkowo, jak wyżej wskazano, dla tej inwestycji Odwołujący przedstawił protokół odbioru końcowego, czego zaniechał dla inwestycji zatytułowanej „*Przebudowa Pirsu B w Porcie Wojennym w Gdyni*”. Kolejnym elementem różnicującym obie podstawy faktyczne zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest okoliczność, że w ramach pierwszego zarzutu poświadczenie o wartości inwestycji zostało sporządzone przez Pana P. C., który pełnił na niej funkcję kierownika budowy i mógł nie dysponować kompleksową wiedzą na temat całego kontraktu, co znalazło swój wyraz w oświadczeniach składanych przez Niego na etapie rozprawy. Taką wiedzę zaś z pewnością posiadał Pan T. R. pełniąc na drugiej z kwestionowanych inwestycji funkcję dyrektora kontraktu. W ramach drugiego zarzutu poświadczenie zostało sporządzone zatem przez

Pana T. R., pełniącego funkcję dyrektora kontraktu – a więc osobę sprawującą nadzór nad całością zadania i biorącą udział we wszystkich etapach jego realizacji.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

