

Sygn. akt: KIO 6/21

Sygn. akt: KIO 12/21

WYROK

z dnia 2 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 stycznia 2021 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **4 stycznia 2021 r.** przez wykonawców: **Konsorcjum Firm: 1) BUDO-MAR Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2) M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: JUSTMAR T. M., ul. Wołodyjowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski; z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: ul. Malczewskiego 23, 41-407 Imielin** (sygn. akt: KIO 6/21)
- B. w dniu **4 stycznia 2021 r.** przez wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o., ul. Prudnicka 30, 47-300 Krapkowice** (sygn. akt: KIO 12/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** przy udziale:

- A. wykonawców **Konsorcjum Firm: 1. STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków; 2. Ed. Zublin A.G, Stuttgart D-70576, Niemcy, Albstadtweg 3 reprezentowanego przez: radcę prawnego A. K., adres do korespondencji: CML Construction Services Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 6/21** po stronie zamawiającego

B. wykonawców **Konsorcjum Firm: 1.STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków; 2.Ed. Zublin A.G, Stuttgart D-70576, Niemcy, Albstadtweg 3 reprezentowanego przez: radcę prawnego A. K. adres do korespondencji: CML Construction Services Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 12/21** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 6/21, tj. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 22 grudnia 2020 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje Zamawiającemu przyznanie zaniechanych 10 punktów Konsorcjum Firm: 1) BUDO-MAR Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2) M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: JUSTMAR T. M., ul. Wołodyjowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski; z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: ul. Malczewskiego 23, 41-407 Imielin zwanemu dalej: „Konsorcjum BUDO-MAR” zgodnie z kryteriami oceny oferty podanymi w pkt 15.2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania, w tym w szczególności zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 Prawo zamówień publicznych zwana dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie przyznania punktów Konsorcjum BUDO-MAR zgodnie z kryteriami oceny oferty podanymi w pkt 15.2.2. SIWZ i w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Strabag;

1 B. Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21:

a) Umarza postępowanie częściowo w zakresie następujących zarzutów z uwagi na ich wycofanie, tj.:

a-1) zarzutu w ramach którego Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o., ul. Prudnicka 30, 47-300 Krapkowice zwane dalej: „Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o.” kwestionowało prawdziwość zawartego w piśmie z dnia 15 grudnia 2020 r. oświadczenia Konsorcjum Strabag, że Pan M.K. pełnił na wszystkich trzech projektach referencyjnych funkcję kierownika robót hydrotechnicznych;

a-2) zarzutu w ramach którego Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. stwierdzał że wrota, a brama stanowią różne rodzaje zamknięć stosowanych na drogach wodnych;

a-3) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie ustalenia jaki zakres prac w ramach projektu referencyjnego wykonywał członek oferty Konsorcjum Firm: 1. STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków; 2. Ed. Zublin A.G, Stuttgart D-70576, Niemcy, Albstadtweg 3 reprezentowany przez: radcę prawnego A. K., adres do korespondencji: CML Construction Services Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zwane dalej: „Konsorcjum Strabag”, tj. firma Ed. Zueblin A.G.;

a-4) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów dotyczących oferty Konsorcjum Strabag;

b) Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 22 grudnia 2020 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum Strabag i odrzucenie jego oferty, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania, w tym w szczególności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag pomimo przedstawienia w treści oferty informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez **Konsorcjum Firm: 1) BUDO-MAR Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2) M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: JUSTMAR T. M., ul. Wołodziejowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski: z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: ul. Malczewskiego 23, 41-407 Imielin i Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o., ul. Prudnicka 30, 47-300 Krapkowice** tytułem wpisów od odwołań;
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** kwotę **47 995 zł 69 gr** (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy),

w tym:

A. kwotę **24 395 zł 69 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy) na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) BUDO-MAR Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2) M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: JUSTMAR T. M., ul. Wołodziejowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski: z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: ul. Malczewskiego 23, 41-407 Imielin** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu oraz dojazdu,

B. kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o., ul. Prudnicka 30, 47-300 Krapkowice** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 6/21

Sygn. akt: KIO 12/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów*”, Nr ref. 6LROZ.2810.39.2020.EB; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.05.2020 pod nr 2020/S 091-215967, przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa zwana dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 22.12.2020 r. Zamawiający (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty - Konsorcjum Firm: 1. STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków; 2. Ed. Zublin A.G, Stuttgart D-70576, Niemcy, Albstadtweg 3 reprezentowani przez: radcę prawnego A. K. adres do korespondencji: CML Construction Services Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków zwani dalej: „Konsorcjum Strabag” albo „Przystępującym w sprawie KIO 6/21” albo „Przystępującym w sprawie KIO 12/21”. Na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o., ul. Prudnicka 30, 47-300 Krapkowice zwani dalej: „Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie KIO 12/21”. Nadto, na piątym, tj. ostatnim miejscu w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: Konsorcjum Firm: 1) BUDO-MAR Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2) M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: JUSTMAR T. M., ul. Wołodajewskiego 31, 41-403 Chełm Śląski: z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: ul. Malczewskiego 23, 41-407 Imielin zwani dalej: „Konsorcjum BUDO-MAR” albo „Odwołującym w sprawie KIO 6/21”.

W informacji przedstawił następujące uzasadnienie przyznanej punktacji:

„Ad. OFERTA nr 6 (STRABAG sp. z o.o. + ED.ZUEBLIN AG.) - 93,96 pkt, w tym:

Kryterium „Doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych” - 5 pkt

Zgodnie z pkt 15.4.2 tiret 1 SIWZ każda z ważnych ofert będzie punktowana w kryterium określonym w pkt 15.2.2 SIWZ poprzez przyznanie punktów za zaoferowane doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych na podstawie ilości zadań związanych z budową lub przebudową min. dwuprzęsłowego jazu

z ruchomymi zamknięciami klapowymi lub sektorowymi lub segmentowymi o szerokości przęsła min. 15 m i wysokości piętrzenia min. 1,5 m, zlokalizowanego na śródlądowej drodze wodnej co najmniej II klasy (zgodnie z klasyfikacją określoną w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych - Dz. U. 2002 nr 77, poz. 695), a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym, nad którymi to robotami osoba(y) ta(te) pełniła(y) przez okres min. 1 roku funkcję kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru, z zakresu robót hydrotechnicznych.

Wykonawca w ofercie przedstawił doświadczenie Kierownika budowa - Pana M. K. - zdobyte m.in. w ramach „Przebudowy jazu na rz. Ohrzy, dodając, że była to „Budowa min. dwuprzęsłowego jazu z ruchomymi zamknięciami sektorowymi o szerokości przęsła min. 15 m i wysokości piętrzenia min. 1.5 m zlokalizowanego na drodze wodnej co najmniej II klasy”. Zamawiający powziął wątpliwości do podanej przez Wykonawcę informacji, że rzeka Ohrza jest drogą wodną co najmniej II klasy i zwrócił się za pismem z dnia 04.09.2020 r. o jej wyjaśnienie wraz z podaniem lokalizacji i parametrów tej budowli.

Wykonawca w odpowiedzi z dnia 09.09.2020 r. wyjaśnił, że „przedmiotowy obiekt znajduje się w mieście Krastec nad Ohrzą na terenach obecnych Czech. Parametry budowli hydrotechnicznej: - jaz trzyprzęsłowy z zamknięciami sektorowymi,

- światło pojedynczego przęsła 30, 70m,

- wysokość piętrzenia 3,10m,

- roboty realizowane pod osłoną gródź budowlanych,

- realizacja wymagała posadowienia sprzętu na pływającym technicznym taborze śródlądowym.

W związku z faktem, że obiekt nie znajduje się na terenie państwa Polskiego, a tym samym jego klasyfikacja nie jest uwzględniona w załączniku nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 n w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych — Dz. U. 2002 nr 77, poz. 695, Wykonawca dokonał klasyfikacji na podstawie parametrów jakie możliwe są do określenia dla rzeki Ohrzy w rejonie stopnia wodnego, zgodnie z załącznikiem nr 3 do wyżej przywołanego Rozporządzenia.”

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za niewystarczające i zwrócił się za pismem z dnia 15.09.2020 r. o ich uszczegółowienie, poprzez podanie:

1) Długości maksymalnej, szerokości maksymalnej, zanurzenia maksymalnego oraz ładowności statków z napędem i barek dopuszczonych do żeglugi na przedmiotowej rzece zgodnie z Tabelą z załącznika nr 1 w zw. z § 2 ust. 4 w/w Rozporządzenia,

2) szerokości szlaku żeglownego oraz głębokości tranzytowej tej rzeki w rejonie stopnia wodnego — zgodnie z pkt 1 (Minimalne wymiary szlaku żeglownego w rzece) ppkt 1.1 oraz 1.2 Tabeli z załącznika nr 3 do w/w Rozporządzenia,

3) uzasadnienia, na jakie podstawie Wykonawca uznał, że rzeka Ohra jest śródlądową drogą wodną, czyli zgodnie z art. 193 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20.07.2017 r. Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 310 ze zm.) nadającą się do śródlądowego transportu wodnego i żeglugowemu wykorzystaniu przez statki - mając na uwadze fakt, że w rejonie stopnia wodnego nie ma śluz.

Wykonawca w odpowiedzi z dnia 09.09.2020 r. wyjaśnił, że:

„ 1. Wykonawca ponownie wskazuje, iż z względu na fakt, iż wszystkie rzeki i obiekty wskazane przez niego w jego ofercie na potwierdzenie spełnienia kryterium oceny ofert o jakim mowa w pkt. 15.4.2. tiret 1 SIWZ znajdują się poza terytorium Polski, a zatem nie są ujęte w Załączniku nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych dalej „Rozporządzenie”, Wobec powyższego Wykonawca dokonał klasyfikacji drogi śródlądowej w rejonie stopnia wodnego na podstawie parametrów eksploatacyjnych określonych w Załączniku nr 3 do Rozporządzenia. W ocenie Wykonawcy nie ma potrzeby dokonywania i wskazywania parametrów drogi wodnej o jakich mowa w Załączniku nr 1 do Rozporządzenia, z uwagi na to, że parametry klasy drogi wodnej zostały określone przez Wykonawcę określone zgodnie z Załącznikiem nr 3 do Rozporządzenia. Wobec powyższego żądanie złożenia wyjaśnień tj. wskazania długości maksymalnej, szerokości maksymalnej, zanurzenia maksymalnego oraz ładowności statków z napędem i barek dopuszczonych do żeglugi na przedmiotowej rzece jest nieuzasadnione. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych informacji, według których Wykonawca miałby dokonać klasyfikacji wodnej drogi śródlądowej w przypadku dróg znajdujących się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ograniczając się jedynie do odesłania do przepisów Rozporządzenia. Zamawiający nie wykluczy/ w SIWZ możliwości potwierdzenia spełnienia kryterium oceny ofert poprzez wykazanie się doświadczeniem kierownika budowy na drogach śródlądowych zlokalizowanych poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym żądanie Zamawiającego co do podania w/w informacji oznacza, że Zamawiający po złożeniu oferty precyzuje kryteria odnoszące się do oceny ofert w zakresie merytorycznym (poprzez określenie sposobu klasyfikacji drogi śródlądowej), co jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie zasady konkurencyjności.

1. Wykonawca wskazuje, że szerokość szlaku żeglownego, głębokość określono odpowiednio na min. 30m oraz min. 1,8m co odpowiada parametrom drogi wodnej klasy II zgodnie z załącznikiem nr 3 do Rozporządzenia.

2 Wykonawca uznaje że parametry rzeki Ohrza w rejonie stopnia wodnego odpowiadają parametrom drogi wodnej klasy II zgodnie z wymaganymi opisanymi w załączniku nr 3 do Rozporządzenia. Brak występowania śluzy w rejonie stopnia wodnego nie dyskwalifikuje odcinka rzeki jako drogi wodnej. Przyjmując stanowisko Zamawiającego przywołane w pkt. 3 wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 15.09.2020 r., a także biorąc pod uwagę opis kryterium oceny ofert o jakim mowa w pkt. 15.4.2. tiret 1 SIWZ Wykonawca nie miałby możliwości wykazania spełnienia tego kryterium gdyż każdy jaz leży poza drogą wodną. Jaz może być natomiast zlokalizowany na rzece lub kanale (śródlądowej wodzie powierzchniowej), która na swoich odcinkach i obszarach może stanowić drogę wodną określonej klasy. Zwracamy ponadto uwagę, że przepisy Rozporządzenia nie wymagają określenia jako drogi wodnej całej rzeki, a zatem możliwe jest dokonywanie klasyfikacji klasy śródlądowej drogi wodnej na poszczególnych odcinkach, Wobec powyższego część rzeki na stanowisku górnym w ocenie Wykonawcy spełnia parametry śródlądowej drogi wodnej klasy II i nadaje się śródlądowego transportu wodnego 1' żeglugi przez statki."

Należy zaznaczyć, że Zamawiający nie wykluczył w SIWZ możliwości potwierdzenia spełnienia kryterium oceny ofert poprzez wykazanie się doświadczeniem kierownika budowy na śródlądowych drogach wodnych zlokalizowanych poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Jednakże, w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców, aktualny pozostaje wymóg z SIWZ po pierwsze, że jaz ma być zlokalizowany na śródlądowej drodze wodnej, czyli zgodnie z art. 193 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20.07.2017 r. Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 310 ze zm.) nadającej się do śródlądowego transportu wodnego i żeglugowemu wykorzystaniu przez statki, a po drugie, że droga wodna ma być co najmniej II klasy (zgodnie z klasyfikacją określoną w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych - Dz. U. 2002 nr 77, poz. 695), i to niezależnie od kraju lokalizacji (odcinka) rzeki na której jaz się znajduje.

Wykonawca, zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami, dokonał klasyfikacji drogi śródlądowej w rejonie stopnia wodnego na podstawie parametrów eksploatacyjnych określonych w Załączniku nr 3 (Parametry eksploatacyjne śródlądowych dróg wodnych) do w/w Rozporządzenia, czyli niezgodnie z 5 2 ust. 4 w/w Rozporządzenia, w którym to wskazano, że „szczegółowy sposób klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych, na podstawie parametrów klasyfikacyjnych, określa załącznik nr 1 do rozporządzenia”, gdzie opisano minimalne wymagania dla statków z napędem i barek, do uznania drogi wodnej klasy II, tj. długość maksymalna (57 m), szerokość maksymalna (7,5 - 9,0m), zanurzenie maksymalne (1,6 m) oraz ładowność (500 ton). To właśnie w załączniku nr 1 (Klasyfikacja śródlądowych dróg

wodnych) do w/w Rozporządzenia znajdują się wytyczne dla Wykonawcy w jaki sposób miał zaklasyfikować daną rzekę (lub jej odcinek).

Ponadto z mapy, dostępnej pod adresem:

<http://www.petlazulawska.com/sites/petlazulawska.com/files/mapy/drogi-wodne-polska-na-tle-europy.pdf>

oraz

<https://mgm.gov.pl/wp-content/uploads/2017/drogi-wodne-polska-na-tle-europy.pdf>

<https://mgm.gov.pl/pl/zezluga-srodladowa/srodladowe-drogi-wodne/>

opracowanej przez Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej rzeka Ohrza sklasyfikowana została jako rzeka swobodnie płynąca klasy 1b.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał, aby rzeka Ohrza była śródlądową drogą wodną co najmniej klasy II wg w/w Rozporządzenia, wobec czego nie został spełniony warunek określony w pkt 15.4.2 tiret 1 SIWZ, zatem Zamawiający nie mógł przyznać maksymalnej liczby punktów (10 pkt) w kryterium „Doświadczenie kierownika albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych”.

Ad. OFERTA nr 7 (BUDOMAR sp. z o.o. + JUSTMAR T. M.) - 90,00 pkt, w tym:

Kryterium „Doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych” - 0 pkt.

Zgodnie z pkt 15.4.2 SIWZ każda z ważnych ofert będzie punktowana w kryterium określonym w pkt 15.2.2 SIWZ poprzez przyznanie punktów za zaoferowane doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych na podstawie ilości zadań związanych z:

- budową lub przebudową min. dwuprzęsłowego jazu z ruchomymi zamknięciami kłapowymi lub sektorowymi lub segmentowymi o szerokości przęsła min. 15 m i wysokości piętrzenia min. 1,5 m, zlokalizowanego na śródlądowej drodze wodnej co najmniej II klasy (zgodnie z klasyfikacją określoną w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych (Dz. U. 2002 nr 77, poz. 695), a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym.

lub

- budową lub przebudową śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory min. 9,6 m, zlokalizowanej na śródlądowej drodze wodnej co najmniej II klasy lub na morskich drogach wewnętrznych, w szczególności takich jak śluzy w portach lub kanałach portowych, a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę,

nad którymi to robotami osoba(y) ta(te) pełniła(y) przez okres min. 1 roku funkcję kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru, z zakresu robót hydrotechnicznych.

Wykonawca w ofercie przedstawił obok doświadczenia Kierownika robót hydrotechnicznych - Pana M. P. - również doświadczenie Kierownika budowy - Pana M. K. - zdobyte na niżej opisanych zadaniach realizowanych w ramach „Budowy stopnia wodnego Malczyce w km, 300+00 rzeki Odry”, obejmujących:

- „(...) budowę trzyprzęsłowego jazu z ruchomymi zamknięciami klapowymi o konstrukcji żelbetowej o szerokości przęsła 3x25m i wysokości piętrzenia 5,10m zlokalizowanego na śródlądowej drodze wodnej II klasy, zadanie to zostało wykonane pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym (...)”

- „(...) budowę Śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory 12m i długości 200m, zlokalizowanej na śródlądowej drodze wodnej II klasy, zadanie to zostało wykonane pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym (...)”

nad którymi to robotami Pan M. K. pełnił funkcję Inspektora nadzoru z zakresu robót hydrotechnicznych.

Zgodnie z posiadaną przez Zamawiającego wiedzą wskazane w ofercie Wykonawcy w/w obiekty, tj. jaz z ruchomymi zamknięciami klapowymi oraz śluza wodna z ruchomymi stalowymi wrotami, nie zostały wykonane pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a realizacja robót nie wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. Przedmiotowy jaz i śluza były wykonywane z ładu pod osłoną grodzy budowlanej w dole budowlanym. Grodza ta otaczała dół budowlany i piętrzyła wody powierzchniowe tylko w czasie wezbrań powodziowych, gdy woda występowała z koryta rzeki na tereny zalewowe.

Mając na uwadze powyższe oraz treść warunku z pkt 15.4.2 akapit ostatni SIWZ „W przypadku, gdy wykazywane będzie doświadczenie łącznie dla Kierownika Budowy i Kierownika robót hydrotechnicznych, to Kierownik Budowy musi wykazać się min. 2 zadaniami. Zamawiający nie dopuszcza wykazywania doświadczenia tylko Kierownika robót hydrotechnicznych. Zamawiający nie mógł przyznać Wykonawcy żadnych punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 19.01.2021 r. sprawy o sygn. akt: KIO 6/21, sygn. akt: KIO 12/21 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 6/21:

W dniu 04.01.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum BUDO-MAR wniosło odwołanie na czynność Zamawiającego z 22.12.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nieobiektywne i dyskryminujące ocenie oferty Odwołującego, w sposób niezgodny z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, a także określoną przez Zamawiającego w ww. dokumentach zasadą przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert,

2) art. 91 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie przyznania punktów Odwołującemu zgodnie z kryteriami oceny oferty podanymi w pkt 15.2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” i w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: STRABAG S.A. oraz ED.ZUEBLIN A.G., w sytuacji gdy właściwe zastosowanie przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert podanych w pkt 15.2.2 SIWZ, skutkowałoby przyznaniem Odwołującemu punktów co sprawiłoby, że oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Wnosił o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG S.A. z oraz ED.ZUEBLIN A.G.;
- przeprowadzenie ponownego badania i oceny i ofert i przyznania Odwołującemu 10 pkt w ramach kryterium określonego w pkt 15.2.2. SIWZ dotyczącego przyznania punktów za zaoferowane doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych;
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed KIO,
- przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedłożonych do niniejszego odwołania i dowodów ze zdjęć wraz z opisem oraz filmów obrazujących inwestycję pn. „Budowa stopnia

wodnego Malczyce w km 300+00 rzeki Odry”, do których linki zawarto w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną przedstawione przez Odwołującego na rozprawie:

a. https://www.youtube.com/watch?v=se-lniixU9l&ab_channel=Astronarium

b. https://www.voutube.com/watch?v=HwDnF7Fj5h0&ab_channel=piswolow

c. https://www.youtube.com/watch?v=TJvxfevyUJA&ab_channel=Zan%C4%99tvGrabowski.pl

Pismem z 22.12.2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Wraz z pismem Zamawiającego przesłane zostało zbiorcze zestawienie ofert wraz z ich oceną. W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu w pkt 15.2.2. SIWZ ustalono kryteria oceny ofert wraz z wagą poszczególnego kryterium, i tak: *„Oferty oceniane będą na podstawie następujących kryteriów:*

15.2.1. cena brutto - waga 60%

15.2.2. doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych - waga 10%

15.2.3. wydłużenie gwarancji - waga 20%

15.2.4. zwiększenie wysokości kary za opóźnienie w wykonaniu zamówienia - waga 10%”

Odwołujący spośród wszystkich pozostałych wykonawców zaoferował najniższą cenę ofertową brutto (tj. kwotę 183 103 074,28 zł), za co otrzymał 60 pkt w ramach obowiązującej punktacji w postępowaniu. Dodatkowo w kryterium oceny ofert *„wydłużenie okresu gwarancji”* Odwołujący zaoferował wydłużenie gwarancji o 36 miesięcy ponad podstawowy 60-miesięczny okres gwarancji, a w kryterium zwiększenie wysokości kary za opóźnienie w wykonaniu zamówienia zaoferował wysokość kary za opóźnienie na poziomie 45 000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień z tytułu opóźnienia w dotrzymaniu terminu końcowego realizacji umowy, za co odpowiednio otrzymał 20 pkt i 10 pkt. Powyższe spowodowało, że w w/w kryteriach Odwołujący otrzymał maksymalną liczbę punktów za każde z kryteriów oceny ofert wskazane w pkt 15.2.1., 15.2.3. oraz 15.2.4, a więc łącznie 90 pkt. Spornym kryterium, za które Odwołujący otrzymał 0 punktów, podczas, gdy w jego ocenie powinien otrzymać maksymalną liczbę 10 pkt, było kryterium wskazane w pkt. 15.2.2. SIWZ, tj. doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych, które zostało opisane przez Zamawiającego w następujący sposób w pkt 15.4.2. SIWZ (ostateczne brzmienie tego punktu SIWZ zostało ukształtowane zmianą nr 6 do SIWZ z 01.07.2020 r.):

„Każda z ważnych ofert będzie punktowana w kryterium określonym w pkt. 15.2.2 SIWZ poprzez przyznanie punktów za zaoferowane doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych w następujący sposób na podstawie ilości zadań związanych z:

- budową lub przebudową min. dwuprzęsłowego jazu z ruchomymi zamknięciami klapowymi lub sektorowymi lub segmentowymi o szerokości przęsła min. 15 m i wysokości

piętrzenia min. 2,5 m, zlokalizowanego na śródlądowej drodze wodnej co najmniej II klasy (zgodnie z klasyfikacją określoną w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych - Dz. U. 2002 nr 77, poz. 695), a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę, a także realizacja robót wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym, lub

- budową lub przebudową śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory min. 9,6 m, zlokalizowanej na śródlądowej drodze wodnej co najmniej II klasy lub na morskich drogach wewnętrznych, w szczególności takich jak śluzy w portach lub kanałach portowych, a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródź budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę.

nad którymi to robotami osoba (y) pełniła (y) przez okres min. 1 roku funkcję kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru, z zakresu robót hydrotechnicznych, tj.:

1 zadanie - 0 pkt

2 zadania - 5 pkt

3 zadania lub więcej - 10 pkt.

W przypadku, gdy wykazywane będzie doświadczenie łącznie dla Kierownika budowy i Kierownika robót hydrotechnicznych, to Kierownik Budowy musi wykazać się min. 2 zadaniami. Zamawiający nie dopuszcza wykazywania doświadczenia tylko Kierownika robót hydro technicznych".

Odwołujący w celu uzyskania punktów w kryterium wskazanym w pkt 15.2.2. SIWZ w formularzu ofertowym wskazał doświadczenie dwóch osób tj. P. M. K., który został przez Odwołującego wskazany do pełnienia funkcji Kierownika budowy, a więc w stosunku do którego, w myśl zacytowanego powyżej zapisu SIWZ, winien przedstawić co najmniej 2 zadania oraz P. M. P., który został zaproponowany przez Odwołującego do pełnienia funkcji Kierownika robót hydrotechnicznych i w stosunku do którego Odwołujący przedstawił doświadczenie na jednym zadaniu. Odwołujący w formularzu oferty przedstawił następujące doświadczenie dla Kierownika Budowy:

a) Doświadczenie zdobyte w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego prowadzonego przez RZGW Wrocław pn. „Budowa stopnia wodnego Malczyce w km 300+00 rzeki Odry”, tj. zadanie polegające na budowie trzyprzęsłowego jazu z ruchomymi zamknięciami klapowymi o konstrukcji żelbetowej o szerokości przęsła 3x25m i wysokości piętrzenia 5,10m, zlokalizowanego na śródlądowej drodze wodnej II klasy. Zadanie to zostało wykonane pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a jego realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym.

b) Doświadczenie zdobyte w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego prowadzonego przez RZGW Wrocław pn. *„Budowa stopnia wodnego Malczyce w km 300+00 rzeki Odry”*, tj. zadanie polegające na budowie śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory 12m i długości 200m, zlokalizowanej na śródlądowej drodze wodnej II klasy. Zadanie to zostało wykonane pod osłoną grodz budowlanych stale piętrzących wodę, a jego realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym.

Natomiast w odniesieniu do Kierownika robót hydrotechnicznych P. M. P. Odwołujący przedstawił doświadczenie zdobyte w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego: *„Przebudowa kanału żeglownego i śluzy Czeskie Kopisty na rzece Łabie”*, tj. zadanie polegające na przebudowie śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory 22 m i długości 205 m, zlokalizowanej na drodze wodnej V klasy. Zadanie to zostało wykonane pod osłoną grodz budowlanych stale piętrzących wodę, a jego realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. W uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający w odniesieniu do oferty Odwołującego w kontekście nie przyznania w ww. kryterium Odwołującemu jakichkolwiek punktów wskazał, że *„zgodnie z posiadaną przez Zamawiającego wiedzą wskazane w ofercie Odwołującego obiekty tj. jaz z ruchomymi zamknięciami klapowymi oraz śluza wodna z ruchomymi stalowymi wrotami; nie zostały wykonane pod osłoną grodz budowlanych stale piętrzących wodę, a realizacja robót nie wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. Przedmiotowe jaz i śluza były wykonywane z ładu pod osłoną grodzy budowlanej w dole budowlanym. Grodzą ta otaczała dół budowlany i piętrzyła wody powierzchniowe tylko w czasie wezbrań powodziowych, gdy woda występowała z koryta rzeki na tereny zalewowe”*. Tym samym Zamawiający w powołaniu na pkt 15.4.2 akapit ostatni SIWZ, nie mógł przyznać Odwołującemu żadnych punktów w ww. kryterium oceny ofert. Wskazał, iż uzasadnienie odmawiające przyznania punktów Odwołującemu w kryterium „doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych”, przedstawione w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jest oczywiście nieprawdziwe. W szczególności przeczy ono treści referencji wystawionych przez samego Zamawiającego w dniu 22.05.2020 r., jak i innym posiadanym przez Odwołującego oświadczeniom podmiotów zaangażowanych w realizację robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. *„Budowa stopni wodnego Malczyce na rzece Odrze”*, a także przywołanym w treści odwołania dowodom. Odwołujący przed złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu podjął wszelkie kroki w celu sprawdzenia czy osoba, która zamierza wyznaczyć na Kierownika budowy spełnia nie tylko wymagania udziału w postępowaniu, ale także czy jej doświadczenie pozwalało na uzyskanie punktów w ramach

kryterium oceny ofert wskazanym w pkt 15.2.2. SIWZ, mając świadomość, iż kryterium to może mieć decydujące znaczenie dla pozycji Odwołującego w rankingu ofert. Odwołujący dokonał starannego sprawdzenia doświadczenia P. M. K., jeszcze przed złożeniem oferty na przedmiotowym zadaniu, a fakt, iż spełnia ono kryteria wskazane w pkt 15.2.2. SIWZ potwierdził Zamawiający, a konkretnie w Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, a także Inżynier Projektu (sprawujący nadzór inwestorski nad inwestycją), który był przedstawicielem Zamawiającego na Inwestycji i na bieżąco nadzorował zakres prac. Odwołujący przedstawia szczegółowo uzyskane informacje poniżej w treści uzasadnienia odwołania. W pierwszej kolejności Odwołujący dysponuje dokumentem, który uzyskał jeszcze przed terminem składania ofert w postępowaniu, a z którego w sposób jednoznaczny wynika, iż zadania wskazane przez Odwołującego w pkt 4 Formularza oferty w odniesieniu do osoby P. M. K. były wykonywane pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. W treści dokumentu pn.: „Poświadczenie”, wystawionego w dniu 22.05.2020 r., wskazano, iż:

„Firma: A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji Inżynier A. K. z siedzibą w Opolu; przy ul. Budowlanych 101 A, wykonywała w latach 2014-2020 na zadaniu inwestycyjnym PGW Wody Polskie Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, pn.: „Budowa stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze w km 300+00” usługi kompleksowego wielobranżowego nadzoru inwestorskiego Inżyniera Projektu wraz z koordynacją robót i dostaw i wykonywaniem usług towarzyszących.

Zakres usług obejmował między innymi realizację następujących obiektów:

- Jaz stały o konstrukcji stalowo- żelbetowej dług. 252,00 m i wysokości piętrzenia 4,80 m. Wartość brutto obiektu: ponad 150 000 000,00 zł*
- Jaz ruchomy klapowy o świetle 3*25 m i max. Wysokości piętrzenia 5,10 m. Wartość brutto obiektu: ponad 100 000 000,00 zł.*
- Elektrownia wodna jako budowla piętrząca żelbetowa o spadzie ponad 4,50 m i o mocy zainstalowanej 3*3,25 MW z trzema komorami żelbetowymi wlotowo-wylotowymi. Wartość brutto obiektu: ponad 120 000 000,00 zł.*
- Śluza żelbetowa zamykana stalowymi wrotami i zasuwami o napędzie hydraulicznym, szerokości 12,00 m i długości 210 m. Wartość brutto obiektu: ponad 150 000 000,00 zł.*

W. w. obiekty zlokalizowane są na śródlądowej drodze wodnej U klasy, zostały wykonane pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze pływającym. (...)

Usługi zostały wykonane należyście, w wyznaczonych terminach i zgodnie z obowiązującymi przepisami.”. Wskazał, iż z ramienia firmy, na rzecz której w/w Poświadczenie zostało

wystawione Inspektorem Nadzoru z zakresu robót hydrotechnicznych od roku 2017 r. był właśnie P. M. K. . Z treści Poświadczenia w sposób niebudzący wątpliwości wynika zatem, iż uzasadnienie postawione przez Zamawiającego w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie potwierdza się. Wyraźnie bowiem zaznaczono, że obiekty, które miały potwierdzać zdobycie doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru z zakresu robót hydrotechnicznych przez P. M. K., w tym jaz ruchomy oraz śluza realizowane w ramach inwestycji: *„Budowa stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze w km 300+00”* zostały wykonane pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze pływającym. Co najistotniejsze w tej sprawie to fakt, iż omawiany dokument został wystawiony przez samego Zamawiającego, co za tym idzie Odwołujący mógł w pełni na nim polegać, skoro sam Zamawiający przyznaje, iż wskazany w nim zakres robót, konkretnie opisany, został wykonany na inwestycji *„Budowa stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze w km 300+00”*. Zwrócił uwagę, że Poświadczenie z 22.05.2020 r. nie było jedynym dokumentem wystawionym przez Zamawiającego, a potwierdzającym fakt spełnienia kryteriów przez wskazanego przez Odwołującego Kierownika budowy. Odwołujący uzyskał od Zamawiającego korespondencje wewnętrzna prowadzona pomiędzy Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Gliwicach a Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej we Wrocławiu. W dniu 19.10.2020 r. RZGW w Gliwicach wystąpił z prośbą o konkretne informacje dot. *Projektu „Budowa stopnia wodnego Malczyce w km. 300+00 rzeki Odry”: „czy realizacja robót na jazie ruchomym wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze”* (pyt. 4). W odpowiedzi na to konkretne pytanie Dyrektor RZGW we Wrocławiu w piśmie z 26.10.2020 r. stwierdził, iż: *„Obiekty stopnia zlokalizowane są na śródlądowej drodze wodnej II klasy, zostały wykonane pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na taborze technicznym pływającym. Roboty wykonywane były zarówno z wody jak i z lądu”* Było to kolejne potwierdzenie w korespondencji wewnętrznej Zamawiającego, iż P. M. K. spełnia kryterium oceny ofert. Już zatem tylko z tego z powodu, wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienie wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać za nieprawdziwe, gdyż zaprzeczają one oświadczeniom wystawionym przez samego Zamawiającego (będącego inwestorem w ramach *„Budowy stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze w km 300+00”*). Także z relacji innych osób pełniących funkcje i uczestniczących w procesie inwestycyjnym wynika, iż zadania na których doświadczenie zdobył P. M. K., wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zostały wykonane pod osłoną gródź stalowych, stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym.

Odwołujący stwierdził także że dysponuje Poświadczeniem wystawionym przez A. K., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji Inżynier A. K., którego firma w latach 2014-2020 wykonywała na inwestycji pn.: „*Budowa stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze w km 300+00*” usługi kompleksowego wielobranżowego nadzoru inwestorskiego Inżyniera Projektu wraz z koordynacją robót i dostaw i wykonywaniem usług towarzyszących. W/w wykonawca był więc przedstawicielem Zamawiającego na inwestycji i nadzorował z ramienia Zamawiającego przebieg inwestycji. Posiada więc wiedzę o robotach i technologii ich prowadzenia, faktycznie stosowanych podczas realizacji prac oraz był stale obecny na inwestycji, co potwierdzają wpisy w dziennikach budowy. Z Poświadczenia z 23.05.2020 r., wystawionego przez P. A. K. wynika, iż P. M. K. pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w branży hydrotechnicznej, a roboty które nadzorował, w tym budowa trzyprzęsłowego jazu oraz śluzy zostały wykonane pod osłoną gródź stalowych, stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. Ponadto Odwołujący, wystąpił z wnioskiem o potwierdzenie ww. okoliczności do głównego Podwykonawcy na inwestycji „*Budowa stopnia wodnego Malczyce na rzece Odrze w km 300+00*”, tj. firmy ETP S.A. z siedzibą w Katowicach, która w latach 2012-2019, jako partner konsorcjum wraz z firmą CNT S.A. na zlecenie firmy Maxer S.A. realizowała na w/w inwestycji roboty budowlano- montażowe (co potwierdzają choćby wpisy w dzienniku budowy). Z odpowiedzi ETP S.A. z 28.12. 2020 r. wynika, iż budowa trzyprzęsłowego jazu oraz śluzy wodnej były wykonywane pod osłoną gród z stalowych, stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. Powyższe okoliczności zostały także potwierdzone przez kierownika robót hydrotechnicznych, P. T. M. w informacji przekazanej Odwołującemu z 28.12.2020 r. Zasadniczo więc uczestnicy procesu Inwestycyjnego, nie wyłączając samego Inwestora (tj. Zamawiającego w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania, zgodnie potwierdzają, iż zarówno zadania polegające na budowie jazu, jak również budowie śluzy zostały wykonane pod osłoną gródź stalowych, stale piętrzących wodę, a ich realizacją wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. Zastosowanie grodziec stalowych stale piętrzących wodę przy budowie śluzy i jazu na inwestycji, a także wykorzystanie technicznego pływającego taboru śródlądowego wynika także z powszechnie dostępnych materiałów w sieci Internet. Odwołujący załącza także do niniejszego odwołania 11 zdjęć (które w komplecie stanowią dowód nr 4 do niniejszego odwołania, a każda z fotografii opatrzona została własnym numerem porządkowym), w tym 6 zdjęć to kadry z filmów opisanych poniżej, a pozostałe zdjęcia zostały udostępnione Odwołującemu przez Podwykonawcę, tj. ETP S.A. oraz pochodzą ze strony internetowej firmy spółki CNT S.A.,

czyli drugiego z głównych Podwykonawców, realizujących roboty na inwestycji w stopnia wodnego Malczycach. Stosownie do powyższego:

a) W filmie z 25.05.2017 r. opublikowanym przez Gospodarka Morska sp. z o.o. (GospodarkaMorska.pl) dostępnym pod adresem:

https://www.youtube.com/watch?v=se-lniixU9I&ab_channel=Astronarium

widoczne są grodzice stale piętrzące wodę (zgodnie z dziennikiem budowy stan ten trwał do marca 2018 r.) w ujęciach z min. 0:45 - 0:55 oraz 1:25-1:26. Odwołujący załącza do niniejszego odwołania zdjęcie kadru z wyżej wskazanego filmu z min. 0:52 wraz z opisem - tj. zdjęcie nr 1. Dowodem na posadowienie grodzic stale piętrzących wodę, w celu osłony budowy jazu i śluzy jest także Plan sytuacyjny Budowy Stopnia Wodnego Malczyce (dowód nr 9), stanowiący część Instrukcji przeciwpowodziowej udostępnionej Odwołującemu przez firmę podwykonawczą ETP S.A. Budowa jazu ruchomego oraz śluzy była zabezpieczona podwójnie (co potwierdza także Plan sytuacyjny). Pierwsze zabezpieczenie w postaci grodzic stalowych stale piętrzących wodę było zastosowane bezpośrednio przy rzece (na planie oznaczone linią czerwoną, a dodatkowo przedstawiają to zdjęcia o nr 1,10 (źródło ETP S.A.), 11 (źródło ETP S.A.) i 12 (źródło ETP SA). Dodatkowym zabezpieczeniem były grodzice stalowe, stale piętrzące wodę, okalające dół budowlany (na planie sytuacyjnym oznaczone kolorem niebieskim). Pozostałe grodzice z dołu budowlanego stale piętrzyły wody podziemne (gruntowe), a dodatkowo zabezpieczały w trakcie powodzi dół budowlany przed zalaniem. Obie formy zabezpieczenia służyły m.in. jazowi ruchomemu oraz śluzy. Fakt iż grodzice oznaczone kolorem czerwonym (przy rzece) były oddalone od dołu budowlanego, nie oznacza iż nie były one osłoną dla jazu ruchomego oraz śluzy. W istocie były pierwszą formą zabezpieczenia (osłony), położoną na rzędnej około metr niżej niż grodzice okalające dół budowlany. A od lutego 2018 r. grodzice te stanowiły jedyną formę zabezpieczenia jazu ruchomego oraz śluzy, gdyż grodzice zabezpieczające jaz ruchomy oraz śluzę z dołu budowlanego zostały rozebrane (co przedstawia zdjęcie nr 13 - kadr z filmu ujęcie z min. 0:29).

b) W filmie z 30.03.2018 r. opublikowanym przez M. G. dostępnym pod adresem:

https://www.voutube.com/watch?v=HwDnF7Fj5h0&ab_channel=piswolow

w kadrach widoczny jest techniczny tabor śródlądowy, na którym posadowiony jest sprzęt budowlany, który prowadzi roboty przygotowawcze do zmiany biegu koryta rzeki i uruchomienia ruchomego trzyprzęsłowego jazu, które to prace są integralną częścią robót niezbędnych do tego, aby jaz zaczął funkcjonować. Roboty budowlane prowadzone z taboru pływającego były prowadzone w celu rozebrania grodzic stalowych oraz grodzicy ziemnej (która zgodnie z projektem zapewniała stateczność grodzicy), jak i profilacji dna przed jazem ruchomym. Odwołujący załącza do niniejszego odwołania zdjęcie kadru z wyżej wskazanego

filmu wraz z opisami, tj. zdjęcie nr 3. A także dodatkowe zdjęcia udostępnione przez ETP SA, tj. zdjęcia o nr 2,4,6.

c) W filmie z 10.05.2018 r. opublikowanym przez Fundację Otwartego Muzeum Techniki dostępnym pod adresem:

https://www.youtube.com/watch?v=TJvxfevyUJA&ab_channel=Zan%C4%99tvGrabowski.pl

prezentowane są ujęcia śluzy w min. 0:15-0:20, które ukazują wodę, która bez wątplenia jest wodą z rzeki, a nie wodą powierzchniową (powodziową). Natomiast w ujęciach w min. 1:05-1:15 ewidentnie uwidocznione są zamknięcia remontowe, które stale piętczą wodę z rzeki. Zaznaczyć należy. Iż niewątpliwie nie są to wody stojące powodziowe tylko jest to normalny stan wody z rzeki. Odwołujący załącza do niniejszego odwołania zdjęcia kadrów z wyżej wskazanego filmu wraz z opisami, tj. zdjęcie nr 7, 8, 9. Budowle hydrotechniczne jakimi są śluzy z reguły są usytuowane poza głównym nurtem rzeki, tak też jest na stopniu wodnym Malczyce, przy czym woda piętcząca się na zamknięciach remontowych śluzy jest niewątpliwie wodą z rzeki. W czasie kiedy film był kręcony, a więc w roku 2018, były jeszcze zamontowane zamknięcia remontowe, które stale piętczyły wodę przed śluzą (których zastosowanie, także stanowi o wypełnieniu kryterium Doświadczenia kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych). Z kolei ujęcia w min. 0:40-0:45 ukazują dalsze prace, wykonywane z technicznego taboru śródlądowego, na którym był posadowiony sprzęt budowlany w jazie ruchomym. Przedstawiają roboty prowadzone w celu rozebrania grodzic stalowych okalających dół budowlany oraz grodzy ziemnej, jak i profilacji dna przed jazem klapowym. Wszystkie opisane powyżej roboty były robotami niezbędnymi do ukończenia prac na jazie, a bez nich jaz ruchomy nie zostałby ukończony, jednocześnie technologicznie musiały być prowadzone z użyciem sprzętu posadowionego na taborze pływającym. Odwołujący załącza do niniejszego odwołania zdjęcia kadru z wyżej wskazanego filmu wraz z opisami, tj. zdjęcie nr 5. Po likwidacji zabezpieczeń w postaci grodz budowlanych okalających dół budowlany i skierowaniu głównego nurtu rzeki na jaz klapowy, (co nastąpiło zgodnie z informacjami zawartymi w dokumencie „Przełożenie Odry w ramach budowy stopnia wodnego Malczyce” - dowód nr 10 - w 21.04.2018 r.), większość prac budowlanych przy jazie wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na technicznym taborze pływającym, m.in. były to roboty ziemne, ubezpieczeniowe, antykorozyjne (prowadzone w terminie od 21.04.2018 do 12.2019 r.). Konieczność wykonywania innych prac budowlanych przy jazie z wykorzystaniem taboru pływającego została także potwierdzona w informacji przekazanej drogą mailową przez wspomnianego już Inżyniera Projektu (Inspektora Nadzoru Inwestorskiego) P. A. K. . Z informacji wynika, iż na końcowej fazie budowy nie było nawet innych możliwości technologicznych niż wykonanie prac wprost z taboru pływającego. Analizując treść kryterium oceny ofert wskazanego w pkt. 15.2.2.

SIWZ w kontekście jego opisu w pkt 15.4.2. SIWZ, zwrócił uwagę także na następujące okoliczności:

a) Po pierwsze wymóg posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym dotyczył jedynie budowy jazu. W odniesieniu do budowy śluzy taki wymóg nie został postawiony.

b) Po drugie Zamawiający nie dookreślił, jakie roboty związane z budową jazu mają być wykonywane z użyciem pływającego taboru technicznego śródlądowego, na którym miał być posadowiony sprzęt budowlany. Na spełnienie kryterium wystarczyło, aby część robót została wykonana z jego wykorzystaniem. W SIWZ nie został także określony minimalny okres w jakim prace z wykorzystaniem taboru pływającego miały być realizowane. Kryterium to jest więc spełnione także wówczas, gdy był on wykorzystywany jedynie czasowo i w miarę potrzeb zgodnie z technologią budowy, a fakt, że był wykorzystywany został bezspornie przez Odwołującego wykazany. Bez korzystania ze sprzętu budowlanego posadowionego na taborze pływającym nie byłoby możliwe zrealizowanie zadania związanego z budową jazu ruchomego, co do czego Odwołujący oraz inni uczestnicy procesu inwestycyjnego nie mają żadnych wątpliwości

c) Zarówno jaz, jak i śluza były wykonywane pod osłoną gródzic stale piętrzących wodę. Dodatkowo wskazać należy, iż w przypadku śluzy, z przedstawionych zdjęć o nr 8 i 9 wynika, iż wykorzystywane były także zamknięcia remontowe stale piętrzące wodę. Fakt, iż nie zostały wskazane one w opisie zadania w pkt 4 oferty nie zmienia, iż faktycznie zostały one wykorzystane do budowy śluzy, co wobec braku wymogu użycia przy śluzie sprzętu pływającego (który de facto był wykorzystywany), samo w sobie stanowi o spełnieniu kryterium. Odwołujący był obowiązany wskazać w ofercie jedynie zadania, a okoliczności w jakich były one wykonywane, tj. z użyciem zamknięć remontowych stale piętrzących wodę nie stanowi zmiany oferty, gdyż jest to tak naprawdę to samo zadanie, a uzupełniony jest jedynie jego opis, co stanowi jedynie wyjaśnienie treści oferty (Zamawiający nigdy nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie).

d) Z fragmentu kryterium opisanego w pkt 15.4.2. SIWZ (zastosowanego zarówno do kryterium opisującego jaz, jak i śluzę dosłownie wynika, iż „*a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródz budowlanych lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę*”. Zatem wymóg stałego piętrzenia wody został postawiony jedynie w odniesieniu do zamknięć remontowych, a nie w odniesieniu do gródz budowlanych. Abstrahując już od faktu, iż Odwołujący wykazał, iż takie gródz były stosowane, to wymóg stałego piętrzenia wód przez gródz budowlane w świetle zapisów SIWZ nie jest uzasadniony. Fragment warunku nie brzmiał bowiem: „*o zadanie to wykonane zostało pod osłona gródz budowlanych stale piętrzących wodę lub zamknięć remontowych stale piętrzących wodę*”, a zatem samo

zastosowanie gródź budowlanych przy realizacji zadania jest wystraszające, aby uznać spełnienie warunku (przy spełnieniu pozostałych kryteriów, które w żaden sposób nie zostały przez Zamawiającego podważone, co więcej fakt posadowienia grodzy budowlanej jest przez Zamawiającego wprost przyznany w treści uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty).

e) Dodatkowo Zamawiający nie wskazał w wymaganiach rodzaju wody jaka miała być „*stale piętrzona*”. W opisie kryterium nie pojawia się sformułowanie „*stale piętrzące wody płynące z nurtu rzeki*”. Nawet grodzice w dole budowlanym stale piętrzyły wody gruntowe (podziemne, zapobiegały dostaniu się wód gruntowych (podziemnych) do dołu budowlanego, gdyż wierzchnia warstwa gruntu stanowiła grunty przepuszczalne), a w czasie wezbrań powodziowych także piętrzyła wody powierzchniowe.

f) Ostatecznie stwierdził, że Zamawiający jest odpowiedzialny za precyzyjne sformułowanie zapisów SIWZ, a wykładnia rozszerzająca nie jest w żaden sposób uprawniona. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku KIO z 03.02.2016 r., sygn. akt: KIO 68/16.

Interpretując zatem ściśle kryterium oceny ofert wskazane w pkt 15.2.2. SIWZ, a opisane w pkt 15.4.2. SIWZ, w kontekście okoliczności dotyczących niniejszej sprawy, wskazać należy iż będzie ono spełnione w odniesieniu do doświadczenia zdobytego:

a) w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego „*Budowa stopnia wodnego Malczyce w km 300+00 rzeki Odry*”, tj. zadania polegające na budowie trzyprzęsłowego jazu z ruchomymi zamknięciami klapowymi o konstrukcji żelbetowej o szerokości przęsła 3x25m i wysokości piętrzenia 5,10m - gdyż spełnia ono wszystkie wymogi opisane w pkt. 15.4.2. tiret 1 SIWZ (okoliczność niekwestionowana przez Zamawiającego), dodatkowo zostało wykonane pod osłoną gródź budowlanych (stale piętrzących wodę), a jego wykonanie wymagało użycia sprzętu budowlanego posadowionego na technicznym pływającym taborze śródlądowym;

b) w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego „*Budowa stopnia wodnego Malczyce w km 300+00 rzeki Odry*”, tj. zadanie polegające na budowie śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory 12m i długości 200m-gdyż spełnia ono wszystkie wymogi opisane w pkt. 15.4.2, tiret 2 SIWZ (okoliczność niekwestionowana przez Zamawiającego), dodatkowo zostało wykonane pod osłoną gródź budowlanych (a stale piętrzących wodę), a także z wykorzystaniem zamknięć remontowych stale piętrzących wodę.

W tym miejscu odwołania Odwołujący obrazowo przedstawił powyższe twierdzenia w tabelach 1 i 2.

W konsekwencji, Zamawiający w sposób nieuprawniony nie przyznał Odwołującemu punktów za doświadczenie zdobyte przez P. M. K., choć Zamawiający wystawił referencje o

treści wyraźnie potwierdzającej spełnienie opisu kryterium oceny ofert. Wobec powyższego podstawa do nieprzyznania punktów wskazana w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie zachodzi. Powyższe potwierdzone jest również przez innych uczestników procesu inwestycyjnego oraz pozostałymi dowodami przywołanymi w treści odwołania, co przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów art. 7 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Dla Odwołującego jest niezrozumiałym dlaczego Zamawiający nie zażądał na wcześniejszym etapie przedstawienia wyjaśnień dotyczących doświadczenia Kierownika Budowy wskazanego w ofercie, gdyż informacje jak te przedstawione w treści odwołania zostałyby przekazane Zamawiającemu wcześniej. Odwołujący jedynie na marginesie wskazał, iż doświadczenie zdobyte przez P. M. K. daleko wykracza poza wymagania Zamawiającego. Zamawiający wymagał, aby punktowane doświadczenie kierownika budowy obejmowało budowę min. dwuprzęsłowego jazu z ruchomymi zamknięciami kłapowymi lub sektorowymi lub segmentowymi o szerokości przęsła min. 15 m i wysokości piętrzenia min. 1,5 m. Budowa jazu nadzorowana przez P. M. K. była natomiast budową trzyprzęsłowego jazu, o szerokości przęsła 25m i wysokości piętrzenia 5,10m. W odniesieniu zaś do budowy śluzy Zamawiający wymagał doświadczenia przy budowie śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory min. 9,6 m. Śluza wykonywana w ramach zadania wskazanego przez Odwołującego miała parametry 12 m szerokości komory i długości 200 m. Z powyższego wynika, iż P. M. K. nadzorował zadania o większym stopniu skomplikowania, zatem próba podważenia jego doświadczenia i to w sposób zaprezentowany w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołującemu wydaje się co najmniej niezrozumiała. Skoro zatem stanowisko Zamawiającego w niniejszym postępowaniu narusza ww. przepisy Pzp, a P. M. K. legitymuje się co najmniej dwoma zadaniami, w myśl pkt 15.4.2. SIWZ, to w kryterium: Doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych, winno zostać także uwzględnione doświadczenie P. M. P., który legitymuje się jednym zadaniem, a którego doświadczenie nie zostało przez Zamawiającego w żaden sposób zakwestionowane. Odwołujący przedstawił więc trzy zadania w ramach w/w kryterium, co powinno skutkować przyznaniem mu maksymalnej ilości 10 punktów.

Zamawiający w dniu 04.01.2021 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.01.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcium Strabag zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia

zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Strabag.

W dniu 08.01.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząco oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o., z uwagi na przekroczenie 3 dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia (art. 525 ust. 1 Pzp).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21:

W dniu 04.01.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. z wniosło odwołanie na czynność Zamawiającego z 22.12.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1) Art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum w składzie: Strabag sp. z o.o. oraz Ed. Zueblin A.G. (dalej: „Konsorcjum Strabag”) pomimo przedstawienia w treści oferty informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2) Art. 91 ust. 1 Pzp poprzez ocenę oferty Konsorcjum Strabag w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” w sposób sprzeczny z określonym w treści SIWZ sposobem oceny oferty w tym kryterium;

3) Art. 87 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 26 ust. 4 Pzp poprzez ich zastosowanie do dokonania oceny oferty w kryterium doświadczenie kierownika budowy oraz do poprawienia oferty w zakresie pkt 4 formularza ofertowego’

4) Art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie ustalenia jaki zakres prac w ramach projektu referencyjnego wykonywał członek Konsorcjum Strabag, tj. firma Ed. Zueblin A.G.

5) Art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów dotyczących oferty Konsorcjum Strabag;

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert

2) wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy ewentualnie przyznanie ofercie tego wykonawcy w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” 0 pkt.

3) przekazania dokumentów o których mowa w zarzucie nr 5 odwołania.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp

a) W pkt 15.4.2 SIWZ Zamawiający określił sposób oceny ofert w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” (waga 10%). Stosownie do jego treści, warunkiem przyznania punktów w tym kryterium, było posiadanie przez osobę wskazaną na ww. stanowisko, doświadczenia przy realizacji robót budowlanych, których jedną z wymaganych cech była ich realizacja na obiekcie zlokalizowanym na śródlądowej drodze wodnej co najmniej II klasy (zgodnie z klasyfikacją określoną w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych – Dz.U. 2002 nr 77, poz. 695). Stosownie do treści SIWZ, ocena ofert w powyższym kryterium dokonywana miała być w oparciu o informacje dotyczące doświadczenia kierownika budowy wskazywane przez wykonawców w pkt 4 formularza ofertowego. Jak wynika z pkt 4 formularza ofertowego Konsorcjum Strabag, w poz. 3 wykazu doświadczenia kierownika budowy, wskazano inwestycję polegającą na przebudowie jazu na rz. Ohrza w Czechach. Równocześnie ww. wykonawca oświadczył, że jaz, którego dotyczyła ww. przebudowa zlokalizowany był na drodze wodnej (rzeka Ohrza) co najmniej II klasy.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwości, czy faktycznie rzeka Ohrza, na której zlokalizowany był jaz będący przedmiotem robót, stanowi drogę wodną co najmniej II klasy zgodnie z klasyfikacją rozporządzenia z dnia 07.05.2002 r. (dalej: „rozporządzenie z dnia 07.05.2002 r.”). W odpowiedzi na skierowane do ww. wykonawcy pismo Zamawiającego w tym zakresie (pisma z dnia 04.09.2020 oraz 15.09.2020) Konsorcjum Strabag przedstawiło swoje wyjaśnienia. Stosownie do treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie przyjął ww. wyjaśnień Konsorcjum Strabag i wskazał w sposób jednoznaczny, że wbrew zapewnieniom tego wykonawcy rzeka Ohrza nie jest drogą wodną II klasy. Ustalenie to przełożyło się na brak przyznania punktów w przedmiotowym kryterium w odniesieniu do projektu inwestycyjnego na rzece Ohrza w miejscowości Kłaścerek.

W oparciu o przedstawiony powyżej stan faktyczny Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Strabag przedstawiło w treści swojej oferty informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do istotnej z punktu widzenia oceny oferty w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” okoliczności, czy wymieniona w doświadczeniu kierownika budowy rzeka Ohrza, stanowi drogę wodną co najmniej II klasy. Oświadczając w treści oferty, że

będący przedmiotem robót jaz zlokalizowany był na drodze wodnej co najmniej klasy II, wykonawca zapewnił bowiem Zamawiającego, że wymóg SIWZ w tym zakresie jest spełniony, a rzeka Ohrza jest drogą wodną co najmniej II klasy zgodnie z klasyfikacją rozporządzenia z dnia 07.05.2002 r. jak wymagała tego treść SIWZ.

Odwołujący podnosił, że użycie przez Konsorcjum Strabag, w poz. 3 z pkt 4 formularza ofertowego, sformułowania „*zlokalizowanego na drodze wodnej co najmniej II klasy*”, miało na celu, a co najmniej skutkowało wywołaniem w odbiorcy tego oświadczenia tj. Zamawiającym, błędnego przekonania, że rzeka Ohrza jest drogą wodną co najmniej II klasy, według określonego w ww. rozporządzeniu sposobu klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych. Treść oświadczenia Konsorcjum Strabag w powyższym zakresie wskazywała bowiem, że parametry rzeki Ohrza odpowiadają, jak wymagała SIWZ, określonym w załączniku nr 1 do rozporządzenia parametrom klasyfikacyjnym. Składając tego rodzaju oświadczenia Konsorcjum Strabag niewątpliwie wprowadziło Zamawiającego w błąd, a działanie w tym zakresie było co najmniej wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Nie budzi wątpliwości, że rzeka Ohrza nie jest drogą wodną według określonej w rozporządzeniu z dnia 07.05.2002 r. klasyfikacji dróg wodnych. W tym zakresie Odwołujący powołuje się na szczegółowe uzasadnienie Zamawiającego zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Równocześnie podkreślił, że opis warunku był jednoznaczny i wprost odsyłał do zasad klasyfikacji dróg wodnych określonych w ww. rozporządzeniu, które w § 2 ust. 2 wskazuje, że szczegółowy sposób klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych, na podstawie parametrów klasyfikacyjnych, określa załącznik nr 1 do rozporządzenia. Słusznie Zamawiający wskazał w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, że: *„To właśnie w załączeniu nr 1 (Klasyfikacja śródlądowych dróg wodnych) do w/w Rozporządzenia znajdują się wytyczne dla Wykonawcy w jaki sposób miał zaklasyfikować daną rzekę (lub jej odcinek)”. Uwzględniając powyższe, mając na uwadze profesjonalny charakter działalności wykonawcy nie sposób przyjąć wyjaśnień złożonych przez niego, że Ohrza jest drogą wodną II klasy tj. według określonych w ww. rozporządzeniu zasad klasyfikacji dróg wodnych. Argumentację wykonawcy w tym zakresie, w tym próbę odwoływania się do parametrów eksploatacyjnych dróg wodnych z załącznika nr 3 do rozporządzenia, należy uznać za nierzetelne działanie, potwierdzające wręcz zasadność sformułowania przedmiotowego zarzutu.*

Odwołujący podnosił, że literalna treść oferty Konsorcjum Strabag, a dotycząca projektu referencyjnego na rzece Ohrza nie budziła wątpliwości i pozwalała na ustalenie spełnienia kryterium, a zatem gdyby nie dodatkowa weryfikacja oferty ze strony Zamawiającego, to wykonawca otrzymałaby w tym kryterium nie 5, a 10 pkt. Jak zatem widać spełniona jest nie tylko określona w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp przesłanka „przedstawienia

informacji wprowadzającej w błąd”, ale dodatkowo informacja ta mogła mieć wpływ na ocenę oferty, a tym samym na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy. Odwołujący powołuje się na argumentację prawną wynikającą z wyroku KIO o sygn. akt: KIO 104/20. Dodatkowo Odwołujący podnosił, że nieprawdziwe informacje dotyczące projektu referencyjnego na rzece Ohrzy podane zostały przez Konsorcjum Strabag również w jego drugich wyjaśnieniach. Nieprawdziwe bowiem są stwierdzenia wykonawcy, że rzeka Ohrza posiada parametry eksploatacyjne określone w załączniku nr 3 ww. rozporządzenia. Również okoliczność podania informacji w tym zakresie, mająca na celu wywołanie błędnego przekonania, że rzeka Ohrza jest drogą wodną II klasy, winna skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że stosownie do treści SIWZ (pkt 15.4.2) warunkiem uwzględnienia doświadczenia w przedmiotowym kryterium było wykazanie, że projekt referencyjny wymagał posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. W odniesieniu do projektu referencyjnego na rzece Ohrza, Odwołujący stwierdza, że takiego sprzętu przy realizacji tego zadania wykonawca nie używał ponieważ:

- Budowa obejmowała modernizację zniszczonego jazu, który nie piętrzył, lub piętrzył w zmniejszonym zakresie wodę w rzece, przez co nie było możliwości jakiegokolwiek żeglugi na tej rzece ze względu na jej głębokość, a co za tym idzie nieprzystosowanie do żeglugi;
- Ze względu na wybudowane jazy stałe bez śluz poniżej jak i powyżej budowanego jazu nie było i nie ma do chwili obecnej możliwość dopłynięcia jakiegokolwiek pływającego technicznego taboru śródlądowego z dołu czy też z góry rzeki do tego jazu;
- Budowa jazu była przeprowadzona z ładu poprzez zasypanie części rzeki – wykonanie kaszycy (pewnego rodzaju placu manewrowego), na którym posadowiony był sprzęt budowlany. Uwzględniając powyższe, Odwołujący stwierdza, że kolejną nieprawdziwą informacją zawartą w treści oferty jest ta, że projekt referencyjny na rzece Ohrza wymagał posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym. Uwzględniając powyższe Odwołujący podnosi, że ustalenie przez Zamawiającego, że w odniesieniu do ww. projektu referencyjnego wykonawca podał w treści swojej oferty, jak i w złożonych wyjaśnieniach, nieprawdziwe informacje, winno było skutkować nie tylko nieprzyznaniem punktów w kryterium oceny ofert, ale przede wszystkim wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W tych okolicznościach niniejszy zarzut winien zostać uznany za uzasadniony.

b) Stosownie do pkt 15.4.2 SIWZ warunkiem przyznania punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, było pełnienie przez wskazaną w ofercie osobę, na danej inwestycji, przez okres minimum 1 roku, funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru, z zakresu robót hydrotechnicznych. W treści swojej oferty (pkt 4),

Konsorcjum Strabag podało informację, że P. M. K. (osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy) pełnił funkcję kierownika budowy na wszystkich trzech projektach referencyjnych. Tymczasem, w oparciu o pozyskane przez Zamawiającego informacje (wskazane w piśmie Zamawiającego z 09.12.2020 r.) zostało ustalone, że:

- Na projekcie z poz. 1 (rzeka Łaba) P. M. K. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od marca 1976 do sierpnia 1976 tj. 6 miesięcy;
- Na projekcie z poz. 2 (rzeka Wełtawa) P. M. K. w ogóle nie pełnił funkcji kierownika budowy;
- Na projekcie z poz. 3 (rzeka Ochrza) P. M. K. w ogóle nie pełnił funkcji kierownika budowy.

W odpowiedzi na otrzymane od Zamawiającego wezwanie do udzielenia wyjaśnień w powyższym zakresie Konsorcjum Strabag wskazało, wbrew pierwotnym oświadczeniom zawartym w treści oferty, że:

- Na projekcie z poz. 1 (rzeka Łaba) P. M. K. nie pełnił funkcji kierownika budowy w okresie od marca 1975 do września 1976 r. ale funkcję kierownika robót hydrotechnicznych;
- Na projekcie z poz. 2 (rzeka Wełtawa) P. M. K. w ogóle nie pełnił funkcji kierownika budowy, ale funkcję kierownika robót hydrotechnicznych w okresie od ok. lipca 1974 do ok. marca 1976 r.
- Na projekcie z poz. 3 (rzeka Ochrza) P. M. K. pełnił funkcję kierownika robót hydrotechnicznych od ok. lipca 1975 do ok. marca 1976, a następnie od ok. marca 1976 do ok. sierpnia 1976 funkcję kierownika budowy.

Z powyższego wynika, że w treści złożonej przez Konsorcjum Strabag oferty, pojawiła się nieprawdziwa informacja, co do kluczowej, z punktu widzenia oceny oferty w przedmiotowym kryterium, funkcji jaką osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy pełniła na podanych projektach referencyjnych. Informacja w tym zakresie (rodzaj pełnionej funkcji) miała fundamentalne znaczenie z punktu widzenia oceny oferty w kryterium.

Wbrew treści oferty:

- Na projekcie z poz. 1 (rzeka Łaba) P. M. K. pełnił funkcję kierownika budowy jedynie od września 1975 do maja 1976 r. tj. krócej niż wymagany minimum 1 rok;
- Na projekcie z poz. 2 (rzeka Wełtawa) P. M. K. w ogóle nie pełnił funkcji kierownika budowy;
- Na projekcie z poz. 3 (rzeka Ochrza) P. M. K. w ogóle nie pełnił funkcji kierownika budowy przez wymagany minimum 1 rok.

Podkreślił, że literalna treść oferty w powyższym zakresie nie budziła żadnych wątpliwości i pozwalała na przyznanie punktów w przedmiotowym kryterium. Gdyby zatem Zamawiający nie wdrożył dodatkowej procedury wyjaśniającej, to Konsorcjum Strabag,

w oparciu o nieprawdziwe informacje zawarte w treści oferty (okoliczność pełnienia na projektach referencyjnych funkcji kierownika budowy przez okres minimum 1 roku), otrzymałoby max ilość punktów w kryterium. Spełniona jest zatem przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Równocześnie mamy do czynienia z sytuacją w której okoliczność ta, z uwagi na znaczenie podanej informacji, mogła mieć istotny wpływ na ocenę oferty, a zatem na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący powołał się na argumentację wyrażoną w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 736/20. Uwzględniając powyższe, konieczne i uzasadnione jest wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

c) Jak już zostało wskazane, stosownie do pkt 15.4.2 SIWZ, warunkiem przyznania punktów w kryterium „*doświadczenie kierownika budowy*” było pełnienie przez wskazaną osobę, na danej inwestycji, przez okres minimum 1 roku, funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru, z zakresu robót hydrotechnicznych. W pkt 4 poz. 1 oferty (rzeka Łaba), a następnie w wyjaśnieniach z 15.12.2020 r. Konsorcjum Strabag wskazało, że P. M. K. pełnił samodzielną funkcję techniczną w budownictwie na tym projekcie w okresie od marca 1975 do września 1976. Odwołujący podnosił, że nieprawdziwa jest zawarta w wyjaśnieniach Konsorcjum Strabag informacja, że ww. osoba pełniła funkcję kierownika robót hydrotechnicznych od marca 1975 do września 1975 r. skoro jak wynika ze stanowiska podmiotu zlecającego roboty, dopiero od września 1975 r. ustanowiony był na niej kierownik budowy, a funkcja ta sprawowana była do sierpnia 1976 r. Nie sposób przyjąć, że kiedy na inwestycji nie była pełniona jeszcze kluczowa funkcja kierownika budowy (od marca 1975 do sierpnia 1975 oraz września 1976 r.), to P.M. K. mógł pełnić już funkcję kierownika robót hydrotechnicznych. Według analogicznej argumentacji, nieprawdziwa jest zawarta w treści oferty informacja, że P.M. K. pełnił na ww. projekcie inwestycyjnym, od marca 1975 r. do września 1976 r. funkcję kierownika budowy. Podmiot zlecający tę funkcję potwierdził w swoim piśmie, że funkcja kierownika budowy była pełniona dopiero od września 1975 r. do sierpnia 1976 r. Odwołujący podnosił, że obie powyższe nieprawdziwe informacje, jako kluczowe dla ustalenia przyznania punktów w kryterium, mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, co winno było skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

d) W odniesieniu do projektu referencyjnego z pkt 4 poz. 1 formularza ofertowego (rzeka Łaba) Odwołujący wskazuje ponadto, że skoro z informacji otrzymanej od podmiotu zlecającego projekt inwestycyjny na rzece Łabie wynika, że funkcja kierownika budowy pełniona była od września 1975 r. do sierpnia 1976 r. to okoliczność ta daje podstawę do stwierdzenia, że budowa była realizowana w okresie krótszym niż 12 miesięcy (nie sposób

zakładać, aby roboty rozpoczęte były dokładnie w dniu 01.09.1975 r. i trwały dokładnie do dnia 31.08.1876 r.). Wyklucza to możliwość przyjęcia, że spełniony został wymóg SIWZ, aby dana osoba pełniła samodzielną funkcję techniczną w budownictwie przez okres minimum 1 roku. Niezależnie zatem od wskazywanych okoliczności, a dotyczących wprowadzenia Zamawiającego w błąd w odniesieniu do projektu inwestycyjnego z pkt 4 poz. 1 oferty należy stwierdzić, że przeszkodą do przyznania punktów w odniesieniu do ww. projektu była okoliczność braku sprawowania na nim przez P. M. K. wymaganej funkcji przez minimum 1 rok. W tym miejscu dodać należy, że treścią warunku nie było pełnienie na projekcie referencyjnym nieformalnej funkcji kierownika budowy, czy kierownika robót hydrotechnicznych, ale samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, której sprawowanie realizowane było w sposób sformalizowany przez okres faktycznej realizacji robót budowlanych.

e) Odwołujący podnosił ponadto, że nieprawdziwe są zawarte w treści oferty jak i w złożonych z 15.12.2020 r. wyjaśnieniach informacje dotyczące okresu pełnienia przez P. M. K. samodzielnej funkcji technicznej na wskazanych projektach referencyjnych. Jak wynika z posiadanych przez Zamawiającego pism od podmiotów zlecających projekty referencyjne okresy ich realizacji były następujące:

- poz. 1 (rzeka Łaba) od września 1975 do sierpnia 1976
- poz. 2 (rzeka Wełtawa) w okresie 1974 – 1976
- poz. 3 (rzeka Ohrza) w okresie 1979 – 1981

Uwzględniając powyższe nie sposób przyjąć, jak Konsorcjum Strabag wskazało w swojej ofercie, że P. M. K. pełnił swoją funkcję:

- poz. 1 (rzeka Łaba) od marca 1975 do września 1976
- poz. 2 (rzeka Wełtawa) od października 1976 do marca 1978
- poz. 3 (rzeka Ohrza) od lutego 1979 do października 1980.

Równocześnie sprzeczne ze wskazanymi przez podmioty zlecające ww. projekty referencyjne okresami realizacji tych projektów są podane przez Konsorcjum Strabag w piśmie z 15.12.2020 r. okresy pełnienia funkcji kierownika robót hydrotechnicznych. Uwzględniając powyższe stwierdził, że Konsorcjum Strabag wskazało w swojej ofercie, jak i złożonych wyjaśnieniach nieprawdziwe informacje dotyczące okresu pełnienia funkcji przez podaną osobę, które to informacje miały istotne znaczenie dla możliwości oceny oferty w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”.

e) Odwołujący kwestionuje ponadto prawdziwość zawartego w piśmie z dnia 15.12.2020 r. oświadczenia Konsorcjum Strabag, że P. M. K. pełnił na wszystkich trzech projektach referencyjnych funkcję kierownika robót hydrotechnicznych.

f) Jak wynika ponadto z korespondencji uzyskanej od podmiotów na rzecz których realizowane były projekty referencyjne wskazane w ofercie Konsorcjum Strabag, w odniesieniu do osoby P. M. K. nieprawdziwe są zawarte w pkt 4 poz. 1 i 2 oferty informacje o podmiotach na rzecz których projekty te były realizowane. Podmiotem zamawiającym dla projektów na rzece Łabie (poz. 1) oraz rzece Wełtawie (poz. 2) był nie Povodi Ohre, a Povodi Labe (poz. 1) oraz Povodi Vltavy (poz. 2). Podanie tego rodzaju informacji miało istotne znaczenie, gdyż warunkowało dokonanie przez Zamawiającego weryfikacji u podmiotu zlecającego prawdziwości informacji w tym zakresie. Błędna informacji co do podmiotu zamawiającego utrudniała Zamawiającemu ocenę oferty w kryterium. Również zatem z tej przyczyny Konsorcjum Strabag winno było zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

g) W treści wykazu doświadczenia, Konsorcjum Strabag wskazało, że projekt referencyjny dotyczył budowy lub przebudowy śluzy z ruchomymi stalowymi wrotami. Odwołujący stwierdza, że informacja w tym zakresie jest nieprawdziwa. Jak wynika choćby z treści referencji złożonej dla projektu referencyjnego, będąca przedmiotem inwestycji śluza nie obejmowała wykonania wrót, ale bramę. Odwołujący podnosił, że wrota, a brama stanowią różne rodzaje zamknięć stosowanych na drogach wodnych.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

Stosownie do treści SIWZ (treść załącznika nr 2 do SIWZ) ocena oferty w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” miała być dokonywana w oparciu o informacje zawarte w pkt 4 formularza ofertowego. W pkt 10.1.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że na ofertę składa się formularz ofert zgodny z treścią załącznika nr 2 do SIWZ. Równocześnie w pkt 9.1 SIWZ Zamawiający zaznaczył, że oferta musi zostać sporządzona zgodnie z treścią SIWZ i treścią określoną w dokumentach wskazanych w pkt 10.1 SIWZ, a zatem również zgodnie z treścią formularza ofertowego. Ponadto w pkt 9.11 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca po terminie składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany złożonej oferty. Uwzględniając powyższe Odwołujący podnosił, że Zamawiający dokonał oceny oferty Konsorcjum Strabag w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” wbrew treści SIWZ oraz wbrew art. 91 ust. 1 Pzp. Należy powtórzyć, że ocena oferty w tym kryterium miała być dokonana w oparciu o informacje podawane w treści oferty, a stosownie do pkt 9.11 SIWZ zmiana w tym zakresie po terminie składania ofert była niedopuszczalna.

a) Jak wynika z pisma Konsorcjum Strabag z 15.12.2020 r. potwierdziło ono, że wbrew treści oferty, P. M. K. na żadnym z projektów referencyjnych nie pełnił funkcji kierownika budowy przez okres minimum 1 roku. W świetle ustalonych okoliczności faktycznych, treść złożonej oferty nie pozwala zatem na przyznanie punktów za projekty referencyjne z poz. 1 i

2 pkt 4 formularza ofertowego. Jak jednak wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej projekty referencyjne z poz. 1 i 2 pkt 4 formularza ofertowego zostały uwzględnione w ocenie. Działanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp. Oferta Konsorcjum Strabag została oceniona wbrew określonym w SIWZ zasadom oceny oferty w kryterium. Treść oferty nie pozwalała na przyznanie punktów za projekty nr 1 i 2, a zmiana jej w tym zakresie była niedopuszczalna. b) Jak wskazano powyżej, zgodnie z treścią SIWZ ocena oferty w przedmiotowym kryterium dokonywana była w oparciu o informacje wymagane treścią pkt 4 formularza ofertowego. Stosownie do jego treści Zamawiający wymagał w odniesieniu do projektów referencyjnych m.in. takich informacji jak:

- Dzień, miesiąc, rok pełnienia danej funkcji (kolumna nr 5 i 6 tabeli z pkt 4 oferty);
- Charakterystyka projektu referencyjnego (kolumna nr 4 z tabeli z pkt 4 oferty);
- Podmiot na rzecz którego zadanie było realizowane wraz z podaniem jego nazwy, adresu i numeru telefonu (kolumna nr 7 tabeli z pkt 4 oferty).

Jak wynika z oferty Konsorcjum Strabag zabrakło w niej ww. informacji. Informacje w tym zakresie, niezależnie od braku możliwości ich uzupełnienia, nie zostały również podane w wyjaśnieniach wykonawcy z 15.12.2020 r. W żadnym z projektów referencyjnych ujętych w pkt 4 oferty nie wskazano dnia rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji. Bez tej informacji nie jest możliwe precyzyjne ustalenie, czy spełniony jest wymóg pełnienia funkcji przez minimum 1 rok. Dodatkowo należy zauważyć, że w piśmie z 15.12.2020 r. Konsorcjum Strabag wskazywało miesiąc pełnienia funkcji poprzez użycie określenia „około”. Nie mamy zatem do czynienia nawet z określeniem miesiąca pełnienia danej funkcji. Analiza kolumny nr 4 pkt 4 oferty wskazuje z kolei, że wykonawca nie określił charakterystyki robót budowlanych, a jedynie przepisał wymagania dla tego kryterium. Przykładowo, w odniesieniu do projektu z poz. 2 wykonawca wskazał: „budowa minimum dwuprzęsłowego jazu”; „szerokości przęsła min. 15 m i wysokości piętrenia min. 1.5 m”; „zlokalizowanego na drodze wodnej co najmniej II klasy”. Ocena oferty w przedmiotowym kryterium winna być dokonywana według ściśle określonych w SIWZ zasad. Bez przekazania wymaganych informacji niedopuszczalne było przyznanie punktów żadnemu z projektów referencyjnych wskazanych w ofercie. Opisane powyżej braki oferty, których uzupełnienie/poprawienie było niedopuszczalne, uniemożliwiały przyznanie punktów w kryterium.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 87 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 26 ust. 4 Pzp

Jak wynika z dotychczas przedstawionego stanu faktycznego, Konsorcjum Starbag potwierdziło, że wbrew treści oferty, na projektach referencyjnych z poz. 1 i 2, P. K. nie pełnił funkcji kierownika budowy przez minimum 1 rok. Treść oferty nie pozwalała zatem na

przyznanie punktów w tym kryterium. Jak jednak wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, projekty referencyjne z poz. 1 i 2 pkt 4 formularza ofertowego zostały przez Zamawiającego uwzględnione przy ocenie oferty. Podkreślił, że z analizy przekazanej na wniosek Odwołującego dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający wprowadził jakiegokolwiek zmiany do treści formularza ofertowego, w tym dokonał zmiany oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Odwołujący podnosił, że Zamawiający w sposób wadliwy zastosował art. 26 ust. 4 Pzp wzywając Konsorcjum Strabag (pismo z 09.12.2020 r.) na tej podstawie do wyjaśnienia treści pkt 4 formularza ofertowego. Treść tego przepisu stanowi podstawę do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a nie treści oferty. Formularz ofertowy nie jest dokumentem o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a jego wyjaśnienie nie odbywa się w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Nawet gdyby uznać, że wezwanie do wyjaśnienia formularza ofertowego z 09.12.2020 r. faktycznie stanowiło wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, to pozyskanie wyjaśnień w tym zakresie nie mogło być doprowadzić do zmiany pkt 4 formularza ofertowego. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp, jak również art. 26 ust. 4 Pzp, nie służą bowiem do zmiany treści oferty. Jediną ujętą w Pzp podstawą do zmiany oferty jest art. 87 ust. 1a i ust. 2 Pzp, które jak wskazano powyżej nie zostały zastosowane przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że samo pozyskanie wyjaśnień od wykonawcy (pismo z 15.12.2020 r.) nie mogło skutkować wprowadzeniem do treści oferty informacji niezbędnych do oceny oferty w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”. W tym miejscu Odwołujący podnosił, że treść pisma Konsorcjum Strabag z 15.12.2020 r. zawierała następujące zmiany w stosunku do treści pkt 4 formularza ofertowego:

- zmiana rodzaju pełnionej funkcji na projektach referencyjnych z pierwotnie pełnionej funkcji kierownika budowy na funkcję kierownika robót hydrotechnicznych;
- zmiana okresu sprawowania samodzielnej funkcji technicznej na projekcie z poz. 2 (rzeka Wełtawa) z okresu od października 1976 do marca 1978 na okres od około lipca 1974 do około marca 1976;
- zmiana okresu sprawowania samodzielnej funkcji technicznej na projekcie z poz. 3 (rzeka Ohrza) z okresu od lutego 1979 do października 1980 na okres od około lipiec 1975 do około sierpnia 1976.

Uwzględniając powyższe, z ostrożności Odwołujący podnosi, że zmiany oferty w powyższym zakresie są niedopuszczalne na gruncie art. 87 ust. 2 Pzp. Nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, że zawarte w ofercie błędne informacje dotyczące okoliczności pełnienia na projektach z poz. nr 1 i 2 funkcji kierownika budowy, okresu pełnienia funkcji na

projektach inwestycyjnych oraz nazw podmiotów zlecających te projekty nie stanowiły oczywistej omyłki pisarskiej jak i rachunkowej (ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp). Z kolei w odniesieniu do przesłanki zmiany oferty z art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp w pierwszej kolejności należy zakwestionować możliwość uznania, że poprawienie w treści oferty tak kluczowych z punktu widzenia oceny oferty w kryterium oceny ofert informacji jak: rodzaj pełnionej funkcji oraz okres jej pełnienia nie powoduje istotnej zmiany w jej treści. Wymaga zauważenia, że działanie Konsorcjum Strabag prowadzi do zmiany rodzaju doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy. Z pierwotnie wskazanego dla P. M. K. doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy wykonawca wycofał się i powołał się na doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót hydrotechnicznych. Jest to w zasadzie nowe doświadczenie ww. osoby pamiętając, że na projekcie z poz. nr 1 (rzeka Łaba) P. M. K. pełnił funkcję kierownika budowy jednakże krócej niż wymagany okres minimum 1 roku. Właśnie ta okoliczność zmusiła wykonawcę do zmiany rodzaju doświadczenia tej osoby.

Konieczne jest również podkreślenie wagi informacji zawartych w ofercie, których dotyczy zmiana. Informacje te mają wpływ na wynik postępowania. Brak przyznania punktów za kwestionowane doświadczenie z poz. 1 i poz. 2 spowoduje przecież, że oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji. Już z samej tej przyczyny widać, że ww. zmiany oferty, niezbędne do przyznania punktów za projekty referencyjne z poz. 1 i 2, będą skutkować istotną zmianą. Odwołujący kwestionuje również możliwość przyjęcia, że błędne informacje dotyczące pełnienia funkcji kierownika budowy oraz okresu pełnienia tych funkcji przez P. M. K. nastąpiły na skutek omyłki wykonawcy. Powyższe winno być skutkować brakiem przyznania punktów w odniesieniu do projektów referencyjnych z poz. 1 i 2 pkt 4 oferty.

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W treści wykazu doświadczenia, Konsorcjum Strabag oświadczyło, że członek tego konsorcjum tj. firma ED. Zueblin A.G. wykonała wskazany projekt referencyjny. Mając wątpliwości w tym zakresie, w celu ustalenia, jaki faktycznie zakres prac w ramach konsorcjum wykonała ww. firma Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, czy podmiot ten brał czynny udział w realizacji tego zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca wskazał, że Ed. Zueblin A.G. brak czynny udział w realizacji zamówienia. Odwołujący podnosił, iż poprzez sam fakt udziału w konsorcjum nie nabywa się doświadczenia w realizacji danego rodzaju robót. W razie ustalenia, że wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót w ramach konsorcjum Zamawiający winien dążyć do ustalenia, czy faktycznie zakres robót wymagany w ramach warunku został wykonany przez danego członka konsorcjum. Odwołujący stwierdził, że ocena Zamawiającego w tym zakresie dokonana została w sposób wadliwy. Wyjaśnienia

wykonawcy, że ww. firma brała czynny udział w realizacji zamówienia nie daje podstawy do ustalenia, czy podmiot ten faktycznie nabył wymagane doświadczenie wynikające z budowy lub przebudowy śluzy wodnej z ruchomymi stalowymi wrotami o szerokości komory min. 9,6 m, zlokalizowanej w porcie lub kanale portowym, a zadanie to wykonane zostało pod osłoną gródź budowlanych stale piętrzących wodę, a także realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze. Odwołujący stwierdził, że zamawiający zaniechał ustalenia jaki faktycznie zakres prac w ramach realizującego projekt referencyjny konsorcjum wykonała firma Ed. Zueblin A.G. a bez tych informacji nie było możliwe ustalenie spełnienia warunku. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp.

Zarzut nr 5 – naruszenie art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 Pzp. Odwołujący podnosił, że natychmiast po otrzymaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie całości korespondencji prowadzonej z wykonawcami, w tym z Konsorcjum Strabag po terminie składania ofert. Pomimo złożonego wniosku oraz wbrew art. 96 ust. 3 Pzp, do dnia dzisiejszego Odwołujący nie otrzymał wnioskowanej dokumentacji. Wśród nieprzekazanej dokumentacji znajdują się m.in. dokumenty i oświadczenia złożone przez Konsorcjum Strabag w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Spośród dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia Odwołujący otrzymał jedynie wykaz doświadczenia wraz z referencjami oraz wykaz osób. Brak w tym zakresie.

Zamawiający w dniu 04.01.2021 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.01.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum Strabag zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Strabag.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 6/21, sygn. akt: KIO 12/21:

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesionych odwołań do Prezesa KIO nie wniósł na podstawie art. 521 Pzp odpowiedzi na odwołanie. Zostały one złożone na posiedzeniu.

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

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia.

Konsorcjum BUDO-MAR (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 6/21) w rankingu złożonych ofert zajęło – piąte (ostatnie miejsce). Zgodnie z rankingiem ofert pierwsze miejsce zajęła oferta Konsorcjum Strabag (93,96 pkt), ostatnie miejsce (5) w rankingu punktowanych ofert zajął Odwołujący (90,00 pkt), przy czym pozycja Odwołującego w rankingu ofert plasowałaby się na pierwszym miejscu, gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonych ofert według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący bowiem otrzymał 0 pkt w kryterium doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych (max. 10 pkt), zamiast przysługujących mu 10 pkt. W wypadku więc potwierdzenia się, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21) w rankingu złożonych ofert zajęło drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uwzględniła zastrzeżenia Konsorcjum BUDO-MAR względem skuteczności przystąpienia Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. do sprawy o sygn. akt: KIO 12/21 – uznając, że Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. nie dotrzymało 3 dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia wynikającego z art. 525 ust. 1 Pzp. W konsekwencji nie przyznając Przedsiębiorstwu Usługowo Produkcyjnemu "POM" Sp. z o.o. statusu Przystępującego do sprawy o sygn. akt: KIO 6/21.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej w sprawie sygn. akt: KIO 6/21, KIO 12/21, w tym w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, dokumentów zamówienia zwłaszcza postanowień SIWZ (po zmianie nr 6 do SIWZ z 01.07.2020 r.), oferty Konsorcjum BUDO-MAR (pkt 4 formularza ofertowego poz. 1 i 2) oraz oferty Konsorcjum Strabag (pkt 4 formularza ofertowego poz. 1, 2 i 3), wezwania do wyjaśnień Konsorcjum BUDO-MAR w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z 29.10.2020 r., wyjaśnień Konsorcjum BUDO-MAR, pisma Zamawiającego z 04.09.2020 r. oraz odpowiedzi, tj. pisma Przystępującego w sprawie sygn. akt: KIO 12/21 z 09.09.2020 r., pisma Zamawiającego

z 15.09.2020 r. oraz odpowiedzi, tj. pisma Przystępującego w sprawie sygn. akt: KIO 12/21 z 18.09.2020 r., pisma Zamawiającego z 16.10.2020 r. oraz odpowiedzi, tj. pisma Przystępującego w sprawie sygn. akt: KIO 12/21 z 20.10.2020 r., pisma Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjnego "POM" Sp. z o.o. z 14.10.2020 r. oraz z 08.12.2020 r. wraz z załącznikami (niniejsze załączniki zostały zaliczone w poczet materiału dowodowego jako załączniki do pisemnego stanowiska Odwołującego w sprawie sygn. akt: KIO 12/21).

Odnosnie do pisma z 19.10.2020 r. RZGW w Gliwicach, pisma z 26.10.2020 RZGW we Wrocławiu, pisma do dyrektora RZGW we Wrocławiu z 29.10.2020 r., odpowiedzi od dyrektora RZGW we Wrocławiu do dyrektora w Gliwicach z 04.11.2020 r., korespondencji z 09-10.11.2020 r. e-mailowej pomiędzy Zamawiającym a p. R. S. to zostały zaliczone w poczet materiału dowodowego jako załączniki do odwołania w sprawie sygn. akt: KIO 6/21 lub też dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w sprawie sygn. akt: KIO 6/21 na okoliczności wskazane poniżej. Jednocześnie do pisma do dyrektora RZGW we Wrocławiu z 29.10.2020 r. zostały dołączone m.in. załączniki, tj. Dzienniki Budowy oraz protokoły z prób i sprawdzeń dla jazu klapowego oraz dla śluzy żeglugowej (protokoły odbioru częściowego tak jazu, jak i śluzy), które Izba również zaliczyła w poczet materiału dowodowego.

Odnosnie do pisma Zamawiającego z 09.12.2020 r., pisma Przystępującego z 15.12.2020 r., pisma Zamawiającego z 09.11.2020 r. oraz pisma Przystępującego z 17.11.2020 r. to zostały zaliczone w poczet materiału dowodowego jako załączniki do pisemnego stanowiska Przystępującego w sprawie sygn. akt: KIO 12/21.

Izba odmówiła na podstawie art. 541 Pzp przeprowadzenia dowodów z plików filmowych adresy internetowe wskazane w odwołaniu o sygn. akt: KIO 6/21 oraz adresy internetowe wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami, w szczególności dokumentacją zdjęciową opartą na tych plikach filmowych załączoną do odwołania o sygn. akt: KIO 6/21.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 6/21 załączniki do odwołania:

- 1) Poświadczenie Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie z 22.05.2020 r.;
- 2) Pismo ETP S.A. z siedzibą w Katowicach z 28.12.2020 r.
- 3) Wiadomość e-mail Inżyniera Kontraktu /Inżyniera Projektu/ z 30.12.2020 r.
- 4) Zdjęcia inwestycji wraz z opisem:
 - zdjęcie nr 1 /Grodzice stale piętrzące wody pochodzące bezpośrednio z rzeki/;
 - zdjęcie nr 2/ Roboty budowlane związane z budowa jazu. Prace były integralną częścią budowy jazu, bez których nowy jaz nie mogłaby funkcjonować. Realizacja

wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze śródlądowym/;

- zdjęcie nr 3 /Roboty budowlane wykonywane bezpośrednio przy dole budowlanym okalającym jaz, wymagające posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze pływającym śródlądowym – 2.2018 -04.2018 r./;
- zdjęcie nr 4 /Prace budowlane – profilowanie dna przed jazem z wykorzystaniem sprzętu budowlanego posadowionego na pływającym technicznym taborze pływającym śródlądowym/;
- zdjęcie nr 5 /Roboty budowlane - profilowanie dna przed jazem. Posadowienie sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze pływającym śródlądowym. Prace wykonywane 03.2018 r.- 06.2018/;
- zdjęcie nr 6 /Roboty budowlane – dalsze usuwanie pozostałości po grodzy zabezpieczającej jaz przed zalaniem; reprofilacja terenu. Posadowienie sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze pływającym śródlądowym./;
- zdjęcie nr 7 /Awanport dolny śluzy. Zamknięcia remontowe piętrzą wody z rzek. Patrz zdjęcie 8 oraz 9. Maj 2018/;
- zdjęcie nr 8 /Zamknięcie remontowe stale piętrzące wodę data 05.2018/;
- zdjęcie nr 9 /Zamknięcie remontowe stale piętrzące wodę (w powiększeniu). Na zdjęciu poprzednim widać, że piętrzone wody pochodzą z rzeki/;
- zdjęcie nr 10 /Roboty związane z budowa jazu – demontaż gródź stale piętrzących wodę. Roboty wymagały posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym technicznym taborze pływającym śródlądowym./;
- zdjęcie nr 11/Zbliżenie robót ze zdjęcia 10/;
- zdjęcie nr 12 /Grodza stalowa stale piętrząca wodę z rzeki przy budowie śluzy – stan do 02.2018 r./;
- zdjęcie nr 13 /Przebieg grodzic stalowych które pełniły ubezpieczenie dołu budowlanego jazu, śluzy i zostały rozebrane 02/03.2018/;

5) Pismo z 19.10.2020 r. RZGW w Gliwicach;

6) Pismo z 26.10.2020 RZGW we Wrocławiu;

7) Poświadczenie Inżyniera Projektu z 23.05.2020 r.;

8) Informacja Kierownika Robót Hydrotechnicznych z 28.12.2020;

9) Plan sytuacyjny Budowy Stopnia Wodnego Malczyce;

10) Przełożenie Odry w ramach budowy stopnia wodnego Malczyce.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 6/21 Izba zaliczyła złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) Pismo dyrektora RZGW we Wrocławiu z 27.01.2021 r.;
- 2) Pytania do dyrektora RZGW we Wrocławiu z 04.01.2021 r.;
/na okoliczność tego, iż budowa jazu wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na taborze śródlądowym, nadto jazu oraz śluzy i dotyczyły okoliczności grodzi piętrzących fale wodne/;
- 3) Pismo do dyrektora RZGW we Wrocławiu z 29.10.2020 r.;
- 4) Odpowiedź od dyrektora RZGW we Wrocławiu do dyrektora w Gliwicach z 04.11.2020 r.,
/na okoliczność jazu klapowego oraz posadowienia sprzętu budowlanego na taborze pływającym/;
- 5) Pytania do P. T. M. Kierownika Robót Hydrotechnicznych 27.01.2021 r.,
- 6) Odpowiedź P. T. M. Kierownika Robót Hydrotechnicznych 27.01.2021 r.,
/na okoliczność tego, że budowa jazu i śluzy zostały wykonane pod osłoną grodzi stalowych, stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym taborze śródlądowym/
- 7) Pytania do głównego podwykonawcy ETP S.A. z 27.01.2021 r.;
- 8) Odpowiedź głównego podwykonawcy ETP S.A. z 27.01.2021 r.;
/na okoliczność tego, że budowa jazu i śluzy zostały wykonane pod osłoną grodzi stalowych, stale piętrzących wodę, a ich realizacja wymagała posadowienia sprzętu budowlanego na pływającym taborze śródlądowym/
- 9) Decyzja Wojewody Dolnośląskiego Nr I-H-26/19 z 28.02.2019 r. zmieniająca wcześniejsze decyzje Wojewody Dolnośląskiego
/na okoliczność tego, że jeszcze w lutym 2019r., tj. na śluzie oraz jazie klapowym miały miejsce jeszcze prace budowlane/;
- 10) Protokół odbioru końcowego warunkowego robót budowlanych, tj. z 23.06.2020r.;
/na okoliczność tego, że zakończenie robót miało miejsce 31.12.2019r., czyli tego, kiedy zakończono roboty, w tym na jazie klapowym oraz śluzie/;
- 11) Decyzja Wojewody Dolnośląskiego nr 23-W/97 z 29.07.1997 r.;
/na okoliczność tego, do ilu pierwotnie obiektów odnosiła się inwestycja/;
- 12) Wyciąg z materiałów przetargowych specyfikacji technicznej lipiec 1997r.
/na okoliczność tego, że grodzie były wbite po to, aby zabezpieczyć inwestycję przed piętrzącą wodą powierzchniową/.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 6/21 złożone przez Zamawiającego załączniki do odpowiedzi na odwołanie:

- 1) Raport miesięczny Nr 04/04/M/2018 z 02.05.2018 r.;
- 2) Pismo Zamawiającego do HaskoninDHV Polska Sp. z o.o. z 25.01.2021 r.;

- 3) Odpowiedź HaskoninDHV Polska Sp. z o.o. z 26.01.2021 r.,
- 4) Raport roczny Nr 01/R/2018 Inżyniera Kontraktu z 10.01.2019 r. wraz z załącznikiem nr 1 (śluaz) i 2 (jaz);
- 5) Wiadomość e-mailowa Z-cy Generalnego Projektanta P. R. S. z 10.11.2020 r.;
- 6) Pismo RZGW Wrocław z 26.10.2020 r.;
- 7) Pismo RZGW Wrocław z 04.11.2020 r.;
- 8) Protokół odbioru końcowego warunkowego robót budowlanych, tj. z 23.06.2020r. wraz kopią umowy podwykonawczej nr 414/EPL/2011 z 29.12.2011 r. pomiędzy Wykonawcą, a Generalnym Podwykonawcą oraz kopia ogólnych warunków umowy i kopią umowy konsorcjum z 13.12.2011 r.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21 załączniki do pisemnego stanowiska Odwołującego:

- 1) Wiadomość e-mailowa z 08.01.2021 r. rzecznika prasowego Povodi Labe (W tym wypadku na okoliczność, że nieprawdziwa jest informacją zawartą w formularzu ofertowym oraz wyjaśnieniach z 15.12.2020 r. w tym ostatnim wypadki w zakresie takim, że funkcja kierownika robót hydrotechnicznych była pełniona od marca do września 1975r.);
- 2) Oświadczenie Povodi Labe z 07.12.2020 r. wraz z tłumaczeniem;
- 3) Oświadczenie Povodi Vitavy z 07.12.2020 r. wraz z tłumaczeniem;
- 4) Oświadczenie Povodi Ohre z 07.12.2020 r. wraz z tłumaczeniem.

Na okoliczność braku pełnienia funkcji kierownika budowy na projektach 1-3 przez okres 12 miesięcy przez p. M. K.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 12/21 Izba zaliczyła złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- Opracowanie Odwołującego do dołączonej dokumentacji zdjęciowej:

/Rys. 1. Analizowany odcinek rzeki od jazu stałego w miejscowości Aubach (po lewej do jazu stałego w miejscowości Kadan (po prawej). Omawiany jaz Klasterec w środku rysunku/;

/Rys. 2. Wrysowanie zestawu pływającego na rzece Ohrzy na wodzie dolnej jazu Klasterec o wymiarach odpowiadających zał. nr 1 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji dróg wodnych – Wymiary zestawu odpowiadające klasie II – długość 57 m x szerokość 9m/;

/Rys. 3. Przykładowe miejsca, w których szerokość rzeki na analizowanym odcinku jest mniejsza niż 30 m (min. Szerokość określona w zał. nr 3 do rozporządzenia)/;

/Tab. 3 Przykładowe miejsca, w których szerokość rzeki jest mniejsza niż 30 m (od 1 do 10)/;

/Rys. 4. Przykładowe miejsca, gdzie głębokość tranzytowa jest mniejsza niż 1,8 m (min. głębokość określona w zał. nr 3 do rozporządzenia)/;

/Tab.2 Przykładowe miejsca, gdzie głębokość tranzytowa jest mniejsza niż 1,8 m (od 1 do 4)/;

/Rys. 5. Przykładowe miejsca, gdzie promień łuku osi szlaku żeglownego jest mniejsza niż 300 m (min. promień łuku określony w zał. nr 3 do rozporządzenia)/;

/Tab.3 Przykładowe miejsca, gdzie promień łuku osi szlaku żeglownego jest mniejsza niż 300 m (od 1 do 2)/.

Na okoliczność tego, iż projekt referencyjny na rzece Ohrza nie jest drogą wodną klasy drugiej zgodnie z załącznikiem nr 1, ale i również załącznikiem nr 3 rozporządzenia, jak również na okoliczność tego, iż przy budowie jazu nie mógł być wykorzystywany zestaw pływający.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21 złożone przez Zamawiającego załączniki do odpowiedzi na odwołanie:

- 1) Wydruk korespondencji e-mailowej z 23-24.11.2020 r.;
- 2) Kopia korespondencji projektanta BWP Inżynieria sp. z o.o. z 27.01.2021r.;
- 3) Pismo z 07.12.2020 r. wystawione przez Povodí Labe, státní podnik /Zarząd Zlewni Łaby, przedsiębiorstwo państwowe/.

Izba dopuściła w dalszej kolejności, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21 załączniki do pisemnego stanowiska Przystępującego:

- 1) Pismo Zamawiającego z 09.12.2020 (nr pisma GL/ROZ.2810.39.2020.EB);
- 2) Pismo Przystępującego z 15.12.2020 r. (nr pisma 333/62ZX/BWSz/134/2020);
- 3) Pismo Przystępującego z 17.11.2020 (nr pisma 333/62ZX/BwSz/111/2020);
- 4) Pismo Zamawiającego z 09.11.2020 r. (nr pisma GL.ROZ.2810.39.2020.EB);
- 5) Świadectwo pracy z 31.12.2003 r. (na okoliczność tego, że Przystępujący dochowywał staranności celem uzyskaniu dodatkowych informacji, co do wykazanych zadań);
- 6) Pismo Odwołującego z 08.12.2020 r. (nr pisma POM201208/AK/36) wraz z załącznikami; wiadomość e-mail odwołującego z adresu: ls.@pomkrapkowice.pl do Zamawiającego na adres: zamówienia.rzqwgliwice@wody.gov.pl wraz z załącznikami: informacją Zarządu Zlewni Łaby numer Pla/2020/052851 z 07.12.2020 r., informacją Zarządu Zlewni Wełtawy numer PVL-82400/2020/915 z 07.12.2020 r. oraz informacją Zarządu Zlewni Ohrzy numer POI-1/53013/2020-2 z 07.12.2020 r.;
- 7) Zał. nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z 07.05.2002 r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych;

8) Inwentaryzacja toru wodnego Klasterec na Ochrą z 14.09.2020 r. (w postaci zdjęcia wraz z pomiarami uwidocznymi na nim dokonanyymi przez geodetę; na okoliczność tego, że wykonawca wykonał aktu staranności mający na celu podania prawdziwych informacji niewprowadzających w błąd Zamawiającego);

9) Kopia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22.12.2020 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oba odwołania, pismo Przystępującego zawierające argumentację do odwołania o sygn. akt: KIO 12/21, odpowiedzi na oba odwołania, pisemne stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 6/21, jak i KIO 12/21 zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 6/21:

Konsorcjum BUDO-MAR sformułowało w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 7 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nieobiektywne i dyskryminujące ocenienie oferty Odwołującego, w sposób niezgodny z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, a także określoną przez Zamawiającego w ww. dokumentach zasadą przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert,

2) art. 91 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie przyznania punktów Odwołującemu zgodnie z kryteriami oceny oferty podanymi w pkt 15.2.2. SIWZ i w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: STRABAG S.A. oraz ED.ZUEBLIN A.G., w sytuacji gdy właściwe zastosowanie przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert podanych w pkt 15.2.2 SIWZ, skutkowałoby przyznaniem Odwołującemu punktów co sprawiłoby, że oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 6/21, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołaniu oraz załączników wskazanych w nim i załączonych do niego. Nadto, stan faktyczny wynikający z treści odpowiedzi na odwołanie i załączników wskazanych w nim i załączonych do niego. Istotą sporu jest ocena czynności Zamawiającego nie przyznania max. punktacji Odwołującemu za poz. 1 i 2 z pkt 4

formularza ofertowego w kontekście kryterium oceny ofert - doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych - pkt 15.2.2. SIWZ i pkt 15.4.2 SIWZ (ukształtowane zmianą nr 6 do SIWZ z 01.07.2020 r.). Niniejsze w kontekście również zgromadzonego materiału dowodowego, w tym także dowodów złożonych na rozprawie. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie do drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie Zamawiający przedstawił zupełnie nowe okoliczności, które w żadnym wypadku nie były podstawą nie przyznania Odwołującemu maksymalnej punktacji.

Dotyczy to tak kwestii wykazania się jednym i tym samym zadaniem tak względem jazu ruchomego, jak i śluzy oraz doświadczenia 12 miesięcznego p. M. K. .

Mimo, że pierwszej kwestii Zamawiający na rozprawie nie kwestionował, to w pozostałym zakresie konsekwentnie negował doświadczenie Odwołującego, tj. p. M. K. . Przy czym samym przyznał, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie poruszał kwestii czasookresu 12 miesięcznego doświadczenia p. M. K. . Izba w tym zakresie wskazuje, za pozostającym aktualnym orzecznictwem, że tak jak Odwołujący jest związany zakresem zaskarżenia i nie może formułować nowych zarzutów podczas rozprawy, tak Zamawiający związany jest zakresem informacji, które znajdowały się w tym wypadku w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. przyczyn nie przyznania Odwołującemu maksymalnej punktacji i nie może ich rozbudowywać. Przykładowo za wyrokiem KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 945/13 oraz wyrokiem KIO z 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13: „(...)Przepis art. 192 ust. 7 Pzp (obecnie art. 555 Pzp – dopisek autora) ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni Zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia oferty z powodów nieznanymi wykonawcy. W celu potwierdzenia stanowiska Izby należy przywołać orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, który zajął stanowisko, iż termin do wniesienia odwołania biegnie dopiero wtedy gdy wykonawca mógł zapoznać się nie tylko z rozstrzygnięciem postępowania ale i jego motywami (por. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 28 stycznia 2010 r. wydany w sprawie Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, sygn. akt C 406/08), w którym wyrażono stanowisko, iż fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że

jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.).(...)”.

Jednocześnie podczas rozprawy Zamawiający przedstawił *de facto* rzeczywiste przyczyny nie przyznania Odwołującemu maksymalnie punktacji. Stwierdził bowiem, że p. M K. objął swoją funkcję zastając pewien stan rzeczy, tzn. określone elementy budowlane i nie pełnił swojej funkcji od momentu ich powstania. Pojawił się na inwestycji w grudniu 2017 r., a w kwietniu 2018 r. zdemontowano gródź budowlaną, tereny nie były zabezpieczone przed piętrzącą wodą W zakresie śluzy i jazu zostały one co najwyżej wykończone przy użyciu taboru pływającego, nie wykonane. Stwierdził także, że gdyby gródź nie została zdemontowana, to uznałby doświadczenie Odwołującego. Izba zwraca uwagę, że są to intencje Zamawiającego, które nie były literalnie wyrażone w punktowanym kryterium. W żadnym bowiem wypadku nie ma tam obostrzenia, aby punktowane doświadczenie pochodziło z konkretnego etapu realizacji zadania. Rację ma także Odwołujący, że w kryterium nie ma informacji, że tabor pływający oraz grodzie mają być obecne przez 12 miesięcy, a inwestycja ma być nadzorowana przez daną osobę „od zera”, czyli od początku.

Jednocześnie, Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że przez ostatni rok realizacji prac budowlanych prace nie były zakończone, o czym świadczy dowód Zamawiającego – raport roczny – str. 6 ostatni akapit oraz dowody Odwołującego z rozprawy nr 9, a zakończone zostały 31.12.2019 r. (dowód nr 10).

Nadto, Izba uwzględniając odwołanie oparła się na dowodach Odwołującego załączonych do odwołania, tj. dokumentacji zdjęciowej opartej o pliki filmowe, poświadczeniu bezpośredniego inwestora działającego w strukturze Zamawiającego z 22.05.2020 r. (opis jednoznacznie referuje w swej treści do śluzy i jazu, wątpliwości Zamawiającego z rozprawy są nieuzasadnione i należy je odczytywać jako przejaw strategii procesowej, także biorąc pod uwagę dowód nr 11 Odwołującego z rozprawy), pisma Głównego Podwykonawcy ETP S.A. z 28.12.2020 r. (wyraźnie sporne kwestie także potwierdzającego na korzyść Odwołującego), wiadomości e-mailowej Inżyniera Projektu /Inspektora nadzoru/ z 30.12.2020 r., poświadczenia Inżyniera Projektu /Inspektora nadzoru/ z 23.05.2020 r., korespondencji z inwestorem działającym w strukturze Zamawiającego (pytania 19.10.2020 i odpowiedzi 26.10.2020 r.), informacji z 28.12.2020 r. od Kierownika robót hydrotechnicznych. Dodatkowo złożonych na rozprawie kolejnych dowodach,

tj. poświadczenia z 27.01.2021 r. wraz zadanym pytaniem z 04.01.2021 r., inwestora działającego w strukturze Zamawiającego, gdzie wystawca referuje do okresu grudzień 2017 – grudzień 2019 r. i odnosi się do taboru pływającego (w pierwszym akapicie), pozostałe akapity dotyczą śluzy i jazy oraz grodzi piętrzących fale wodne. Nadto, Izba przychyliła się i potwierdza, że nie było w kryterium rodzaju wód, które podlegały spiętrzeniu. Dalsze dowody, także świadczą na jego korzyść, tj. korespondencja z inwestorem działającym w strukturze Zamawiającego (29.10.2020 r. i 04.11.2020 r.), korespondencja od Głównego Podwykonawcy (27.01.2021 r.) i korespondencja od kierownika robót hydrotechnicznych (27.01.2021 r.).

Jak wynika z powyższego, poświadczenia inwestora działającego w strukturze Zamawiającego, Kierownika robót hydrotechnicznych, Inżyniera Projektu oraz Głównego Podwykonawcy świadczą na korzyść Odwołującego, a jedynym przeciwnym stanowiskiem jest stanowisko Generalnego Projektanta i jego Zastępcy, któremu Izba wobec tak przytłaczającego odmiennego stanowiska nie dała wiary. Przy czym, Izba ma duże wątpliwości, co do charakteru odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego Generalnemu Projektantowi (pismo z 26.01.2021 r. – dowód Zamawiającego załączone do odpowiedzi na odwołanie). Rzeczywiście bowiem odpowiedź na pytanie 1 stwierdza, iż jedynie projektant twierdzi, iż zestaw wpływający nie musiał być wykorzystany, czyli to tylko twierdzenia. Względem odpowiedzi na pytanie 2 Izba potwierdza, że zdjęcie nr 8 i 9 załączone do odwołania przeczy i neguje wiarygodność uzyskanej odpowiedzi. Odnośnie do odpowiedzi na pytanie 3, w tym wypadku niewątpliwie dowód nr 12 złożony na rozprawie podważa stanowisko Zamawiającego, tej samej osoby co udzieliła odpowiedzi według wyciągu z materiałów przetargowych specyfikacji technicznej lipiec 1997r., gdzie na załączonej stronie w pkt 17 ten sam projektant (czemu nie zaprzeczył na rozprawie Zamawiający) twierdzi, iż grodzie są wbite po to, aby zabezpieczyć inwestycję przed piętrzącą wodą powierzchniową. Odpowiedź na pytania 4 i 5 nie odnosi się do grodzi, ale do ścianek wewnętrznych, które nie mają znaczenia dla przedmiotu sporu.

W zakresie korespondencji e-mailowej z 10.11.2020 r. Z-cy Generalnego Projektanta P. R. S., Izba potwierdza wskazane na rozprawie przez Odwołującego dwuznaczności i sprzeczności, które podważają wiarygodność tej osoby i jej wiedzę oraz „pamięć” w kontekście spornej inwestycji i dowodu nr 12 złożonego na rozprawie przez Odwołującego.

Jednocześnie z protokołów odbioru częściowego tak jazu, jak i śluzy (protokoły z prób i sprawdzeń dla jazu kłapowego oraz dla śluzy żeglugowej) wynika stała obecność Inżyniera Projektu /Inspektora nadzoru/, który świadczył na korzyść Odwołującego w dowodach załączonych do odwołania i założonych na rozprawie, jak i Kierownika robót hydrotechnicznych, co potwierdza wiarygodność oświadczeń tych osób i „ich wyższość” nad

oświadczeniem Generalnego Projektanta i jego Zastępcy. Wynikają z nich także dalsze prace na służbie i jazie w okresie marzec – maj 2018 r. (przed dokonywanymi odbiorami, a nawet po nich. Próba pracy klap jazu czerwiec 2019 r.). Załączone Dzienniki Budowy potwierdzają także ciągłość obecność Kierownika robót hydrotechnicznych oraz Inżyniera Projektu /Inspektora nadzoru/. Izba stwierdziła, że w przesłanych elektronicznie w ramach dokumentacji postępowania Dziennikach Budowy jedynie kilka razy był obecny P. R. S. (dokładnie 5) i ani razu Generalny Projektant p. Wieczorkowskiego. Odnośnie do samych dzienników trudno jest ocenić, czy przedstawiono całość Dzienników Budowy z wybranego okresu, biorąc pod uwagę stwierdzenia początkowe, że są to „kontynuacje, ciąg dalszych wpisów z dziennika nr (...) tom (...)”, czy nawet „kontynuacja w zakresie budowy jazu”, równie dobrze mogły być inne.

Jednocześnie są to dzienniki od października 2017 r. i stricte trudno na ich podstawie w sposób miarodajny stwierdzić, czy brak adnotacji o taborze pływającym świadczy o braku jego użycia (jego obecność i użycie potwierdzają załączone do odwołania zdjęcia przez Odwołującego), gdyż nie przedstawiono dowodów, że wcześniej taki tabor był użyty i wpisywany w dziennik budowy. Zresztą tak protokołu częściowe, jak i końcowe świadczą, że prace w tym okresie na jazie i służbie nie były zakończone.

Przy czym, Izba podkreśla, że cały wywód z rozprawy Zamawiającego, jak i odpowiedzi na odwołanie oraz dowodów świadczy o tym, że intencją Zamawiającego była ocena doświadczenia z konkretnego etapu realizacji zadania, czemu Zamawiający nie dał wyrazu wprost w kryterium. W konsekwencji wszelkie wątpliwości należy poczytywać na korzyść Odwołującego, tym bardziej wobec przytłaczających dowodów od osób, których stała obecność wprost wynika z dziennika budowy i protokołów.

Izba także kierowała się w tym zakresie stanowiskiem orzecznictwa, przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *"Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców"*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *"Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego."*. Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *"Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"* oraz w wyroku SO w Szczecinie

z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: "Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów". (za wyrokiem KIO z 10.07.2020 r., sygn. akt: KIO 1235/20, KIO 1266/20).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 Pzp, Izba uwzględniła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, jako zasadny.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 6/21 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21:

Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. sformułowało w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag pomimo przedstawienia w treści oferty informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez ocenę oferty Konsorcjum Strabag w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” w sposób sprzeczny z określonym w treści SIWZ sposobem oceny oferty w tym kryterium;
- 3) art. 87 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 26 ust. 4 Pzp poprzez ich zastosowanie do dokonania oceny oferty w kryterium doświadczenie kierownika budowy oraz do poprawienia oferty w zakresie pkt 4 formularza ofertowego
- 4) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie ustalenia jaki zakres prac w ramach projektu referencyjnego wykonywał członek Konsorcjum Strabag, tj. firma Ed. Zueblin A.G.

5) art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów dotyczących oferty Konsorcjum Strabag;

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 12/21, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołaniu oraz pisemnego stanowiska Odwołującego i załączników wskazanych w nim i załączonych do niego. Nadto, stan faktyczny wynikający z pisemnego stanowiska Przystępującego i załączników wskazanych w nim i załączonych do niego. Podobnie, w zakresie odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego. Istotą sporu jest ocena czy są dopuszczalne czynności Zamawiającego przyznania punktacji za poz. 1, 2 i 3 pkt 4 formularza ofertowego Przystępującego, w sytuacji gdy de facto Przystępujący swoimi wyjaśnieniami z 15.12.2020 r. zmienia pierwotną treść oferty w przywołanych pozycjach formularza. Istotna jest również ocena pierwotnej treści formularza ofertowego w przywołanych pozycjach w kontekście art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp, ewentualnie udzielonych wyjaśnień przez Przystępującego z 15.12.2020 r. w kontekście art. 87 ust.1 i 2 Pzp. Niniejsze w kontekście również zgromadzonego materiału dowodowego, w tym także dowodów złożonych na rozprawie. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Odwołujący wycofał na posiedzeniu następujące zarzuty które z tej przyczyny nie zostały rozpoznawane, tj.

a-1) zarzutu w ramach którego Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. kwestionowało prawdziwość zawartego w piśmie z 15.12.2020 r. oświadczenia Konsorcjum Strabag, że Pan M.K. pełnił na wszystkich trzech projektach referencyjnych funkcję kierownika robót hydrotechnicznych (w odwołaniu oznaczony jako zarzut 1g);

a-2) zarzutu w ramach którego Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne "POM" Sp. z o.o. stwierdzał że wrota, a brama stanowią różne rodzaje zamknięć stosowanych na drogach wodnych (w odwołaniu oznaczony jako drugi zarzut 1e);

a-3) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie ustalenia jaki zakres prac w ramach projektu referencyjnego wykonywał członek oferty Konsorcjum Strabag, tj. firma Ed. Zueblin A.G. (w odwołaniu oznaczony jako zarzut 4);

a-4) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów dotyczących oferty Konsorcjum Strabag; (w odwołaniu oznaczony jako zarzut 5).

Oдноśnie do pierwszych zarzutów przywołanych szczegółowo poniżej, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu.

Oдноśnie zarzutu nr 1a).

Istotą sporu w ramach zarzutu pierwszego jest to, czy Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje w pkt 4 formularza ofertowym w poz. 1, 2 i 3. Zarzut 1a dotyczy tylko poz. 3 formularza ofertowego. Przy czym, Izba wskazuje, że Wykonawca, jako profesjonalista, składając określoną deklarację, winien upewnić się, czy stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podobnie wyrok KIO z 20.07.2018 r. o sygn. akt: KIO 1319/18, z którym Izba się w całości zgadza.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pod pojęciem: „*Informacje wprowadzające w błąd zamawiającego*”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (wyrok KIO z 10.07.2020 r., sygn. akt: KIO 736/20).

Ponadto, jak wynika z Komentarza do art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. dr hab. Małgorzaty Sieradzkiej, opubl. w Legalis: „*Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ZamPublU oznacza, że zostały spełnione dwie przesłanki: 1) wykonawca przedstawił informacje, wprowadzające w błąd, które 2) miały lub mogły mieć wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. "Jednym z koniecznych elementów wpisujących się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ZamPublU jest istotny wpływ*

nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) na decyzje podejmowane przez podmiot zamawiający" (wyr. KIO 20.3.2017 r., KIO 382/17, Legalis)".

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art 24 ust 1 pkt 17 Pzp możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania. (za wyrokiem KIO z 06.05.2019 r., sygn. akt: KIO 682/19).

Izba za orzecznictwem wskazuje co do niedbalstwa, że jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności. Ów wzorzec 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 (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). W stosunku do profesjonalistów (do których z pewnością należą wykonawcy oferujący swoje usługi na rynku zamówień publicznych) miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisu art. 355 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015r. sygn. akt I ACa 347/15). Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 1666/14). Należyta staranność dłużnika, określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt ICSK 330/11).

Z kolei pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy). W tym zakresie, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2010 r. sygn. akt IV CK 151/03: *„Rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. Przepisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej.”*. Ponadto, jak się wskazuje w piśmiennictwie w przypadku, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności (takm.in. J. Dąbrowa, System Prawa Cywilnego, Tom III, Część 1, Prawo zobowiązań - część ogólna (red Z. Radwański) oraz M. Nestorowicz, System Prawa Prywatnego, Tom VII, Prawo zobowiązań - część szczegółowa (red. J. Rajski), str. 1009 -1010).

W ocenie Izby, Odwołujący złożył w skutek niedbalstwa nieprawdziwe informacje w pkt 4 formularzu ofertowym w poz. 3 wprowadzające w błąd, które miały lub mogły mieć wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, gdyż właściwym aktem staranności w przedmiotowym stanie faktycznym byłoby poprzedzające złożenie oferty ze wskazaniem zadania na rzece Ohrze, jako drogi wodnej II klasy zgodnie z rozporządzeniem, zadanie pytanie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że nie zwrócenie się przez Wykonawcę do Zamawiającego - w razie uzasadnionych wątpliwości - o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 46, z dnia 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15, nie publ., z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15). Własna interpretacja

dokonana przez Przystępująca świadczy o daleko idących wątpliwościach, które nie miały charakteru błahego, lecz kluczowy. Nie chodzi tylko o to, że wykazana rzeka leży poza granicami Polski i nie była ujęta w rozporządzeniu. Przystępujący bowiem posunął się jeszcze dalej, gdyż nie mogąc przyporządkować parametrów do całej rzeki, przyporządkował je do pewnego odcinka (na stanowisku górnym). W konsekwencji tak pierwotnie, jak i w toku przedstawionych wyjaśnień złożył nieprawdziwe informacje. Przy czym Izba uznaje na podstawie przedstawionych dowodów na rozprawie przez Odwołującego (dokumentacja zdjęciowa dołączona do opracowania wraz z opisem), że rzeka Ohrza nie jest drogą wodną według załącznika nr 1, jak i załącznika nr 3, jak również, że jej parametry uniemożliwiają, aby przy budowie jazu mógł być wykorzystany zestaw pływający. Nadto, jako droga wodna powinna ona umożliwić przepłynięcie (jaz miał być na drodze wodnej). Jednocześnie, jej znaczenie regionalne (§ 2 ust. 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji dróg wodnych – Dz. U. z 2002 r., nr 77, poz. 695), a dokładnie niewielki odcinek koło ponura, czyli stanowiska górnego jest wątpliwe, takie znaczenie mogłaby mieć co najwyżej cała rzeka.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu nr 1b), 1c) 1d) oraz 1e).

W tym wypadku, *de facto* sam Przystępujący potwierdził złożenie nieprawdziwych informacji w ramach wyjaśnień z 15.12.2020 r., gdyż w poz. 1 /rzeka Łaba/ pełnił funkcję kierownika budowy p. M. K. nie od marca 1975 r. do września 1976 r., ale jak przyznał (okoliczność przyznana – art. 533 ust. 1 Pzp) od marca 1976 r. do sierpnia 1976 r., czyli tylko 6 miesięcy, gdyż od września 1975 r. do maja 1976 pełnił ją p. R. E., nadto p. M. K. pełnił funkcję kierownika robót hydrotechnicznych od marca 1975 r. do sierpnia 1975 r. Nadto, nie mógł być kierownikiem budowy, ani kierownikiem robót hydrotechnicznych od marca 1975 r., gdyż inwestycja została rozpoczęta we wrześniu 1975 r. (dowód dołączony do stanowiska pisemnego Odwołującego – wiadomość e-mailowa z 08.01.2021 r. od rzeczownika prasowego inwestora, tj. Povodi Labe).

Brak informacji co do rzeczywistego dziennego dnia zakończenia inwestycji na rzece Łaba (wbrew obowiązkowi z SIWZ – w ramach formularza ofertowego w pkt 4 Zamawiający oczekiwał podania: „dzień, miesiąc, rok” kolumna 5 i 6 tabeli) (podano wrzesień 1975 do sierpień 1976 r.), Odwołujący miał więc prawo założyć w odwołaniu, był uprawniony, że nie było wymaganych 12 miesięcy.

W zakresie rzeki Łaby (poz. 1) *de facto* miała miejsce zmiana pierwotnego oświadczenia ofertowego, a Przystępujący w wyjaśnieniach z 15.12.2020 r. przyznał, że podał nieprawdziwe informacje, gdyż p. M. K. zamiast funkcji kierownika budowy przez 12

miesiący, pełnił ją jedynie przez 6 miesięcy, pełnił nadto funkcję kierownika robót hydrotechnicznych od marca 1975 r. do sierpnia 1975 r. (okoliczność przyznana – art. 533 ust. 1 Pzp). Kwestia ekwiwalentności, podnoszona na swoją korzyść przez Przystępującego na rozprawie, punktowane było tak pełnienie funkcji kierownika budowy, jak i kierownika robót hydrotechnicznych jest irrelevantna, gdyż pierwotne oświadczenie jest odmienne i niezgodne ze stanem rzeczywistym.

Odnosnie do rzeki Wełtawy (poz. 2) p. M. K. nie pełnił funkcji kierownika budowy w ogóle, ale kierownika robót hydrotechnicznych, nie w okresie styczeń 1977 r. – marzec 1978 r., ale lipiec 1974 r. do marca 1976 r. (dowód z Czech - Oświadczenie Povodi Vitavy z 07.12.2020 r. wraz z tłumaczeniem). Powyższe potwierdził Przystępujący w piśmie z 15.12.2020 r. (okoliczność przyznana – art. 533 ust. 1 Pzp) podał więc nieprawdziwe informacje, tak co do funkcji pełnionej, jak i czasookresu. Względem kwestii ekwiwalentności, Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone, jak wyżej.

Odnosnie do rzeki Ohrzy (poz. 3) dodatkowo ustalono, że p. M. K. nie pełnił funkcji kierownika budowy w ogóle, ale kierownika robót hydrotechnicznych (dowód z Czech - Oświadczenie Povodi Ohre z 07.12.2020 r. wraz z tłumaczeniem). Zgodnie z pismem z Czech kierownikiem budowy była zupełnie inna osoba. W tym wypadku, jest to o tyle istotne, gdyż Zamawiający mimo nieprawdziwych informacji, zamiast wykluczyć Przystępującego z udziału w postępowaniu ograniczył się jedynie do nie przyznania punktacji z tytułu tego zadania, na tej rzece.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu nr 1f).

Odnosnie do nazw inwestorów na rzece Łaba /poz. 1/ (pierwotnie wskazano w ofercie Povodi Ohre, a rzeczywistym był Povodi Labe), Wełtawa /poz. 2/ (pierwotnie wskazano w ofercie Povodi Ohre, a rzeczywistym był Povodi Vitawy). Kolejna nieprawdziwa informacja względem poz. 1 i 2 pkt 4 formularza ofertowego, która nie miała charakteru tylko informacyjnego, gdyż Zamawiający wyraźnie żądał wyjaśnień także w tym zakresie (wezwanie z 16.10.2020 r.). Nadto, był wyraźny obowiązek SIWZ – w ramach formularza ofertowego w pkt 4 Zamawiający oczekiwał podania: „Podmiot, na rzecz, którego zadanie było wykonane” kolumna 7 tabeli).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Reasumując, wskazane powyżej nieprawdziwe informacje w poz. 1, 2 i 3 pkt 4 formularza ofertowego Przystępującego winny skutkować jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp i odrzuceniem jego oferty.

Oдноśnie zarzutu nr 2a).

Niewątpliwie abstrahując od zarzutu naruszenia art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp należy względem rozpatrywanego zarzutu dotyczącego poz. 1 i 2, tj. zadania na rzece Łaba i Wełtawa, zgodzić się z Odwołującym, że informacje co do pełnionej funkcji oraz czasookresu w ofercie miały charakter niezmienny, brak było możliwości jej zmiany (tak też pkt 9.11 SIWZ: „(...)wykonawca po upływie terminu do składnia ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty”). W konsekwencji nie powinna być przyznana punktacja, z tytułu poz. 1 i 2 pkt 4 formularza ofertowego. Zamawiający zaś de facto przyjmując wyjaśnienia z 15.12.2020 r., dokonał zmiany, przyjmując jako przedmiot punktacji nie pierwotną treść oferty, ale treść oferty wynikającą z wyjaśnień. W zakresie Łaby i Wełtawy mimo nieprawdziwych informacji, uznał je, dokonał faktycznej zmiany i przyznał z tego tytułu punktacje.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie do zarzutu nr 2b).

W tym wypadku Zamawiający wskazał ściśle wymogi, co do zakresu danych (także dzień, nie tylko miesiąc i rok.) Zamawiający nie może od nich uznaniowo odstępować, przyjmując określenie „ok.” lub datę bez dni, gdyż był on niezbędny do uznania 12 miesięcy doświadczenia. Jest bowiem okolicznością powszechnie znaną, iż inwestycja często nie rozpoczyna się na początku i nie kończy na koniec miesiąca (okoliczność notoryjna – art. 532 ust. 1 Pzp), co Izba wzięła pod uwagę także przy rozpoznawaniu zarzutu nr 1d). Ich podanie było warunkiem *sine qua non* przyznania punktacji. Wymaga podkreślenia, że znaczna odległość czasowa wykazanych zadań nie jest okolicznością zwalniającą, tak Zamawiającego, jak i Przystępującego z rzetelności i przestrzegania postanowień SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie do zarzutu nr 3.

Niewątpliwie Zamawiający de facto przyjmując udzielone wyjaśnienia dokonał zmiany w zakresie funkcji i czasookresu pierwotnie wskazanego w pkt 4 formularza ofertowego. Ani art. 87 ust.1, ani art. 87 ust. 2 Pzp w swej treści nie dopuszczają, aby wyjaśnienia mogły prowadzić do zmiany treści oferty, ani negocjowania jej treści, co faktycznie miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Brak było także podstaw do zastosowania art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, gdyż zmiana dotyczyła chociażby treści ocenianej w ramach kryterium oceny ofert, a zmiana miałaby charakter istotny. Udzielone wyjaśnienia *de facto* do takich zmian doprowadziły. Izba wskazuje w tym zakresie na wyrok KIO z 11.05.2012 r., sygn. akt: KIO 838/12: „(...)Dla wszelkich innych omyłek niż oczywiste z brzmienia przepisu art. 87 ust. 2

pkt 3 pzp wynika wprost jedno ograniczenie w ich poprawieniu, srowadzające się do zakazu wprowadzania istotnych zmian do treści dotychczasowej oferty. Nie chodzi tu o zakaz zmian w zakresie przedmiotowo lub podmiotowo istotnych elementów oferty, lecz niedopuszczalność znaczącej ingerencji powodującej wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę.(...)”.

W kontekście odwołania o sygn. akt: KIO 12/21, należy odnieść działania Zamawiającego do odwołania o sygn. akt: KIO 6/21. W pierwszym przypadku z uwagi na odległość czasową Zamawiający w ogóle w sposób rzetelny nie analizował treści pierwotnej oferty, w drugim dysponując dowodami, w tym poświadczeniem, jakby nie patrzeć „z własnej struktury organizacyjnej” zupełnie je ignorował. Sposób oceny Zamawiającego zdaje się prowadzić do wniosku, że doświadczenie pochodzące z niezbyt odległego okresu weryfikowane jest rzetelnie, zaś odległe czasowo „z wyrozumiałością”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 12/21 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 11.05.2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.

U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 6/21 o zasądzenie kwoty łącznej 4.395,00 zł (3.600,00 zł + 205,00 zł, 590,69 zł), tj. kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, w maksymalnej kwocie dopuszczalnej przez w/w rozporządzenie (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia), kosztów noclegu (205,00 zł) oraz kosztów dojazdu Odwołującego na rozprawę - koszty dojazdu na rozprawę /590,69 zł - bilety lotnicze/ (§ 5 pkt 2 lit. a i d w/w rozporządzenia). W zakresie zwrotu kosztów biletów lotniczych, Izba wskazuje, że mimo rozbieżnych stanowisk wynikających z orzecznictwa sądowego - wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 15.01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 517/09 (nie uznający takich kosztów), wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 07.08.2013 r., sygn. akt: VIII Ga 243/13 (uznający takie koszty) - Izba uznała koszty z tego tytułu kierując się w tym zakresie postanowieniem Sądu Najwyższego z 20.04.2011 r., sygn. akt: I CZ 22/11 przywołanym przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku wskazanym powyżej. Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 12/21 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Izba, działając na podstawie art. 556 Pzp, wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 6/21, sygn. akt: KIO 12/21 orzeczenie łączne.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....