

## WYROK

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A.D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ustroniu Morskim przy ul. Górnej 3B (78-111 Ustronie Morskie) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni przy ul. Chrzanowskiego 10 (81-338 Gdynia)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy ERBUD spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Franciszka Klimczaka 1 (02 - 797 Warszawa)

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A.D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ustroniu Morskim i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A.D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ustroniu Morskim tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego „Hydrobud” A.D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ustroniu Morskim, na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4507/24

### Uzasadnienie

Skarb Państwa - Dyktor Urzędu Morskiego w Gdyni (zwany dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Remont nabrzeża Maltańskiego oraz pirsu w Porcie Łeba”, nr ref.: ZP.371.39.2024.ASC - (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 sierpnia 2024 r., pod nr 2024/BZP 00474383.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), (dalej zwanej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”).

W dniu 02 grudnia 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A.D. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ustroniu Morskim (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie, od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu:

1. nieprawidłowym badaniu i ocenie ofert a w efekcie nieprawidłowym uznaniu, iż oferta wykonawcy — ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanego również „Wykonawcą”) jest zgodna z treścią SWZ, a Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy przedstawione przez Wykonawcę doświadczenie kierownika budowy nie daje podstaw do stwierdzenia, iż spełnia on wymogi nałożone rozdziale IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ, tj. że dysponuje on co najmniej 3 (trzema) latami doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, w

tym w pełnieniu w/w funkcji na 2 (dwóch) robotach budowlanych, przez okres minimum 12 miesięcy, których przedmiotem było wykonanie remontu lub budowa morskich budowli hydrotechnicznych takich jak: falochron wyspowy lub półwyspowy lub nabrzeże lub pirs lub opaski żelbetowe, które były posadowione na ścianie szczelnej lub palach, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 zł) każda;

2. nieprawidłowym badaniu i ocenie ofert a w efekcie zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i oferta powinna zostać uznana za niezgodną z SWZ i odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2) i 5) ustawy Pzp i w efekcie powinno skutkować podjęciem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
3. niezasadnym wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej;
4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1. przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
2. przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z SWZ;
3. przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy - jako najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy Pzp w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy — jest sprzeczna z SWZ, a Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
4. przepisu art. 252 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy Pzp.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Wykonawcy;

2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- odrzucenie oferty Wykonawcy;
- przyznanie Odwołującemu w kryterium oceny ofert „Cena” maksymalnej punktacji;
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do niniejszego odwołania lub przedstawionych na rozprawie;

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600,00 złotych.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w przypadku prawidłowej oceny przez Zamawiającego oferty Wykonawcy oraz jej odrzuceniu, to oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza — a co za tym idzie zawarłby on prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowę z Zamawiającym i zrealizował przedmiot zamówienia, a następnie otrzymał należne wynagrodzenie. Brak natomiast wyboru oferty Odwołującego naraża go na wymierną szkodę braku możliwości pozyskania zamówienia oraz wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. W związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący może ponieść szkodę, ponieważ został pozbawiony korzyści, które mógłby uzyskać, gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy i w efekcie Odwołujący uzyskałby zamówienie. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert, co potwierdza, iż Odwołujący ma realny interes we wniesieniu niniejszego Odwołania, a w przypadku jego uwzględnienia Odwołujący będzie podmiotem realizującym zamówienie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania, Odwołujący na wstępie wskazał na warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ. Następnie podkreślił, iż Wykonawca wskazując na kierownika budowy przedstawił jego doświadczenie (po wezwaniu z dnia 30 października 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodów oraz po wezwaniu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 13 listopada 2024 roku) wskazał trzy roboty budowlane:

- (2.1) Przebudowa nabrzeża Szyprów w Gdańsku w ramach projektu „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap IIIA” — okres realizacji od marca 2022 roku do września 2023 r. (19 miesięcy)
- (2.2) Budowa przystani i przystanków tramwajów wodnych w Gdańsku - okres realizacji od marca 2011 roku do kwietnia 2012 r. (14 miesięcy)
- (2.3) Przebudowa głowic dalb odbojowych Pirsu Węglowego w Porcie Północnym w Gdańsku — okres realizacji od października 2012 roku do czerwca 2014 r. (21 miesięcy).

Jak argumentował Odwołujący, łączny okres przedstawionego doświadczenia po dokonanych wezwaniach Zamawiającego to 54 miesiące. Zdaniem Odwołującego zastrzeżenia budzą daty doświadczenia w aspekcie wskazanej pkt (2.3) inwestycji, ponieważ zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu dostępnym w sieci Internet (NP/IZH/2012/31), praca opisana w pkt (2.3) obejmowała nie tylko wykonanie robót budowlanych, ale również poprzedzające je prace projektowe. Odwołujący podkreślił, że nazwa inwestycji, wbrew temu co wskazał Wykonawca, to wykonanie prac projektowych oraz realizacja robót budowlanych związanych z przebudową głowic dalb odbojowych Pirsu Węglowego w Porcie Północnym w Gdańsku. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego nie tylko co do nazwy zadania, ale również co do okresu pełnienia funkcji kierownika budowy w okresie jego realizacji.

Odwołujący wskazał, że zamówienie z pkt (2.3) obejmowało dwa etapy: (1) wykonanie dokumentacji projektowej dla planowanej przebudowy głowic i urządzeń odbojowych dalb odbojowych Pirsu Węglowego w Porcie Północnym uwzględniającej ich zabezpieczenie antykorozyjne, a także uregulowanie w imieniu Zamawiającego wszelkich wymaganych prawem formalności urzędowych warunkujących możliwość przystąpienia do realizacji robót budowlanych oraz późniejszego użytkowania obiektu oraz (2) realizacja robót budowlanych w oparciu o opracowaną i uzgodnioną dokumentację projektową oraz pozyskane w imieniu Zamawiającego, w etapie pierwszym pozwolenia i decyzje urzędowe.

Jak następnie zauważył Odwołujący, termin składania ofert dla wskazanego zamówienia upływał w dniu 14 sierpnia 2012 r., dlatego też jego zdaniem, niemożliwym jest wykonanie pierwszego etapu zamówienia i rozpoczęcie robót budowlanych już w październiku 2012 r. Należy więc uznać, iż Wykonawca wskazał cały okres realizacji zamówienia (tj obejmujący zarówno zakres prac projektowych, jak również robót budowlanych) jako doświadczenie kierownika budowy. Takie działanie czyni wskazane doświadczenie nie znajdującym odzwierciedlenia w rzeczywistości, bowiem ustanowienie kierownika budowy wymaga uprzedniego uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę/upływu terminu zgłoszenia, co poprzedza wykonanie dokumentacji projektowej, złożenie wniosku o wydanie decyzji o udzielenie pozwolenia na budowę oraz nadanie jej charakteru ostatecznego. W tym stanie rzeczy brak wydzielenia przez Wykonawcę w załączniku nr 8 do SWZ okresu, kiedy kierownik budowy rzeczywiście pełnił funkcję (tj. po wykonaniu etapu pierwszego zamówienia) uniemożliwiło Zamawiającemu ocenę czy kierownik budowy rzeczywiście dysponuje doświadczeniem wymaganym w rozdziale IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ. Jest to o tyle istotne, że brak uznania doświadczenia z pkt (2.3) skutkuje wykazaniem doświadczenia na poziomie 33 miesięcy, zamiast wymaganych 36 miesięcy, co powinno skutkować brakiem uznania spełniania przez Wykonawcę wymogów udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty. Mając na względzie, iż Zamawiający dokonał wezwania w dniu 13 listopada 2024 r. do poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w związku ze zwróceniem uwagi, iż uprzednio złożony wykaz (obejmujący pkt (2.1) i (2.2)) nie spełnia wymogu doświadczenia określonego w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ (33 miesiące zamiast 36 miesięcy), zdaniem Odwołującego ponowne wezwanie do uzupełnienia wykazu nie było i nie jest możliwe na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Co więcej według Odwołującego, na obecnym etapie Zamawiający nie ma również już możliwości skierowania wezwania do Wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie do załącznika nr 8 do SWZ, gdyż art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie może być wykorzystywany do obchodzenia zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Przedmiotowy przepis służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych, na co Odwołujący przywołał wyroku KIO z dnia 28 lutego 2012 roku, sygn. akt: KIO 335/12. Wskazanie precyzyjnie okresu pełnienia funkcji kierownika budowy nie może być zresztą zastąpione wyjaśnieniem, skoro wymaga sporządzenia i przekazania nowego, tym razem prawidłowego, załącznika nr 8 do SWZ.

Zdaniem Odwołującego wobec podania przez Wykonawcę nieprawidłowej nazwy zamówienia, z pominięciem elementu projektowania, Zamawiający również nie ma podstaw do dokonania wezwania do złożenia wyjaśnień lub skorzystania z przepisu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, bowiem instytucje te znajdują zastosowanie w przypadku pojawienia się wątpliwości. Natomiast w przedmiotowym przypadku, na skutek działania Wykonawcy polegającego na skróceniu nazwy zadania i pominięciu istotnego elementu, Zamawiający takich wątpliwości nie miał szansy podjąć. Tym niemniej nie sanuje to podjętej przez niego wadliwej czynności wyboru oferty Wykonawcy, która na obecnym etapie postępowania powinna zostać unieważniona.

W następnej kolejności Odwołujący wskazał, że realizacja zamówienia określonego w pkt 2.3) nie miała charakteru wykonania remontu lub budowy morskich budowli hydrotechnicznych, gdyż zgodnie z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie przez morską budowlę hydrotechniczną rozumie się budowlę nawodną lub podwodną, wznoszoną, na morzu terytorialnym, na morskich wodach wewnętrznych, na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego, w portach i przystaniach morskich która wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do

spełnienia przeznaczonej mu funkcji stanowi całość techniczno-użytkową. Zdaniem Odwołującego Zamawiający to potwierdził, ponieważ w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 2) wprost odwołał się do takiego rozumienia morskiej budowli hydrotechnicznej, więc według odwołującego odwołanie się do pojęcia wynikającego z tego aktu prawnego rozwiewa wszelkie wątpliwości. Natomiast zgodnie z § 2 pkt 7 wskazanego rozporządzenia dalby oraz samodzielne urządzenia cumownicze, cumowniczo-odbojowe i odbojowe to samodzielne konstrukcje jednopalowe, wielopalowe albo ramowe, zapuszczane w dno akwenu i służące do przejścia obciążeń od statku dobijającego lub przycumowanego do budowli morskiej, posadowione poza zasadniczą konstrukcją budowli morskiej oraz wyposażone w urządzenia cumownicze i odbojowe. Nie stanowią więc one morskiej budowli hydrotechnicznej, a więc nie został spełniony warunek z Rozdziału IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ.

W następnej kolejności Odwołujący wskazał, że dalba jest samodzielną konstrukcją morską lub rzeczną służącą do cumowania statków lub innych jednostek pływających, odbijania i nakierowywania do kursu, oznakowania torów wodnych, wyznaczania krawędzi toru z ograniczeniem jego szerokości i ochrony budowli morskiej lub rzecznej przed zderzeniem z jednostką pływającą. Wykonywanie prac w jej obrębie nie stanowi budowy lub remontu morskiej budowli hydrotechnicznej, lecz obejmuje wyłącznie prace w zakresie tego elementu i nie może być traktowana jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu w rozumieniu Rozdziału IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ. Wymagane przez Zamawiającego prace miały obejmować budowę lub remont falochronu (wyspowego lub półwyspowego) lub nabrzeża lub pirsu lub opaski żelbetowej. Przez pirs należy rozumieć (stosownie do treści § 2 pkt 21) wskazanego powyżej rozporządzenia połączony z brzegiem pomost, usytuowany prostopadle albo ukośnie do tego brzegu). Oznacza, iż budowa lub remont pirsu nie jest pojęciem tożsamym z wymianą odrębnego dla pirsu elementu — dalby, która zgodnie z rozporządzeniem stanowi samodzielną konstrukcję. Co istotne przedmiot postępowania nie obejmuje realizacji prac, które Wykonawca wskazał w doświadczeniu kierownika budowy (pkt 2.3), bowiem nie będą budowane lub remontowane dalby. W tym stanie rzeczy nie można uznać, iż doświadczenie pozostające bez związku z przedmiotem postępowania mogłoby zostać uznane za dające podstawę do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący kwestionował, iż Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona.

W dniu 05 grudnia 2024 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca ERBUD spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Przystępującym”).

Zamawiający na posiedzeniu złożył kopie odpowiedzi na odwołanie. Ponadto oświadczył, że w wykonaniu zarządzenia składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, w dniu 13 grudnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, a otrzymanie tego pisma potwierdzili na posiedzeniu zarówno Odwołujący i Przystępujący. Izba jednakże ustaliła, iż do akt sprawy nie dołączono tego pisma. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił argumenty na poparcie swojego stanowiska.

W dniu 13 grudnia 2024 r. Przystępujący również złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie swoich wniosków.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy ERBUD spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę ERBUD spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie z załącznikami i pisma procesowego złożonego przez Przystępującego, jak również dowód złożony przez Przystępującego na rozprawie.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont nabrzeża Maltańskiego oraz pirsu w Porcie Łeba.

W Rozdziale IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ Zamawiający wskazał, iż wykonawca ma dysponować na czas realizacji zamówienia jedna osoba która będzie pełniła funkcję kierownika budowy posiadającą:

*„(...) c) doświadczenie: co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, w tym w pełnieniu w/w funkcji na 2 (dwóch) robotach budowlanych, przez okres minimum 12 miesięcy (uwagi - pkt.3), których przedmiotem było wykonanie remontu lub budowa morskich budowli hydrotechnicznych takich jak: falochron wyspowy lub półwyspowy lub nabrzeże lub pirs lub opaski żelbetowe, które były posadowione na ścianie szczelnej lub palach, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 zł) każda”.*

W postępowaniu wpłynęło 10 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

W dniu 30 października 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Następnie w dniu 13 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w zakresie m.in. wykazu osób potwierdzającego, że osoba, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu w/w funkcji. Zamawiający wskazał, iż na potwierdzenia spełniania warunku w zakresie dysponowania osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, posiadającą: *doświadczenie: co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, w tym w pełnieniu w/w funkcji na 2 (dwóch) robotach budowlanych, przez okres minimum 12 miesięcy (uwagi - pkt.3), których przedmiotem było wykonanie remontu lub budowa morskich budowli hydrotechnicznych takich jak: falochron wyspowy lub półwyspowy lub nabrzeże lub pirs lub opaski żelbetowe, które były posadowione na ścianie szczelnej lub palach, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 zł) każda*, Wykonawca złożył wykaz osób. W w/w wykazie wskazany został kierownik budowy, który posiada wymagane doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy ze wskazaniem 2 inwestycji, na których pełnił on powyższą funkcję, tj:

- *budowa nabrzeża posadowionego na stalowej ścianie kombinowanej o łącznej długości -383,2 mb wraz z wyposażeniem, robotami czerpalnymi i niezbędną infrastrukturą (19 m-cy)*
- *Budowa przystani żeglarskiej przy ul. Tamka, w tym budowę nabrzeża dł. 150 mb posadowionego na stalowej ścianie szczelnej, budowę przystanków tramwaju wodnego, pomostów pływających oraz budynku bosmanatu z warsztatem, częścią socjalną, hotelową i tawerną wraz z konieczną infrastrukturą (14 m-cy).*

Zamawiający następnie wskazał, iż powyższe nie potwierdza wymaganego doświadczenia, gdyż łączny okres sprawowania funkcji kierownika budowy na tych inwestycjach wynosi 33 miesiące. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu osób o dodatkową inwestycję, na której powołany przez Wykonawcę kierownik budowy sprawował funkcję kierownika budowy lub wskazanie doświadczenia zawodowego innej osoby w celu wykazania spełniania warunku określonego w rozdz. IX pkt 3.2) SWZ.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 18 listopada 2024 r. przedłożył uzupełniony wykaz osób.

Zamawiający po przeprowadzaniu czynności badania i oceny ofert, w dniu 26 listopada 2024 r. poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, składając odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów z pkt 1-2 *petitum* odwołania Izba stwierdziła, że kluczowe znaczenie dla ich rozpoznania miał przed wszystkim określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale IX SWZ pkt 3.2 lit c), wezwanie do poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 13 listopada 2024 r. skierowane do Przystępującego oraz wyjaśnienia z dnia 18 listopada 2024 r. wraz z załącznikami udzielone przez Przystępującego w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Po przeanalizowaniu tych dokumentów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i Przystępującego Izba uznała, że wyjaśnienia Przystępującego były wystarczające i dały podstawę do stwierdzenia, iż spełnia on wymogi nałożone rozdziale IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ, tj. że dysponuje on co najmniej 3 (trzema) latami doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, w tym w pełnieniu w/w funkcji na 2 (dwóch) robotach budowlanych, przez okres minimum 12 miesięcy, których przedmiotem było wykonanie remontu lub budowa morskich budowli hydrotechnicznych takich jak: falochron wyspowy lub półwyspowy lub nabrzeże lub pirs lub opaski żelbetowe, które były posadowione na ścianie szczelnej lub palach, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 zł) każda.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy Pzp: „1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

(...) 2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

(...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, skład orzekający w znacznej mierze przyjął i uznał za zasadne stanowisko Zamawiającego, który w pierwszej kolejności wskazywał na warunek udziału w postępowaniu, w którym Zamawiający wymagał od wykonawcy dysponowania na czas realizacji zamówienia jedną osobą, która będzie pełniła funkcje kierownika budowy posiadającego m.in. doświadczenie: *co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, w tym w pełnieniu w/w funkcji na 2 (dwóch) robotach budowlanych, przez okres minimum 12 miesięcy (uwagi - pkt.3), których przedmiotem było wykonanie remontu lub budowa morskich budowli hydrotechnicznych takich jak: falochron wyspowy lub półwyspowy lub nabrzeże lub pirs lub opaski żelbetowe, które były posadowione na ścianie szczelnej lub palach, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 zł) każda.*

Jak dalej Zamawiający argumentował, warunek ten składał się z dwóch części. Pierwsza część dotyczyła wykazania się samym doświadczeniem zawodowym w pełnieniu funkcji kierownika budowy co najmniej w okresie 3 lat. Druga zaś część obejmowała wykazanie się już konkretnie pełnieniem funkcji kierownika budowy na 2 robotach budowlanych, przez okres minimum 12 miesięcy, których przedmiotem było wykonanie remontu lub budowa morskich budowli hydrotechnicznych takich jak: falochron wyspowy lub półwyspowy lub nabrzeże lub pirs lub opaski żelbetowe, które były posadowione na ścianie szczelnej lub palach, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 zł) każda.

Izba poddając analizie warunek określony w SWZ podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego. Dlatego też argumentacja Odwołującego wskazująca, iż przywołana w ramach wyjaśnień z dnia 18 listopada 2024 r realizacja zamówienia dotycząca „Przebudowy głowic dalb odbojowych Pirsu Węglowego w Porcie Północnym w Gdańsku” nie miała charakteru remontu lub budowy morskiej budowli hydrotechnicznej i w związku z tym nie mogła być uznana przez Zamawiającego jako potwierdzająca spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jest chybiona. Dostrzeżenia wymaga, to iż wskazanie przez Przystępującego tej realizacji miało jedynie na celu wykazanie spełnienia pierwszej części warunku dotyczącego pełnienia funkcji kierownika budowy przez okres 3 lat. W związku z tym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazana przez Przystępującego inwestycja w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nie musiała być inwestycją polegającą na remoncie lub budowie morskich budowli hydrotechnicznych takich jak: falochron wyspowy lub półwyspowy lub nabrzeże lub pirs lub opaski żelbetowe, które były posadowione na ścianie szczelnej lub palach, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto każda przez okres 2 lat dla pełnienia funkcji kierownika budowy.

Odwołujący podnosił także, iż wskazana przez Przystępującego w ramach wyjaśnień z dnia 18 listopada 2024 r, inwestycja na „Przebudowę głowic dalb odbojowych Pirsu Węglowego w Porcie Północnym w Gdańsku” ze względu na to, iż uzyskanych przez Odwołującego informacji w Internecie praca ta obejmował nie tylko wykonanie robót, ale także i wykonanie dokumentacji projektowej, wprowadziła tym samym Zamawiającego w błąd nie tylko co do nazwy zadania, ale również co do okresu pełnienia funkcji kierownika budowy. Izba nie podzieliła również i tej argumentacji, ze względu na fakt, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na to, że uzupełniony przez Przystępującego w dniu 18 listopada 2024 r. wykaz osób uniemożliwił Zamawiającemu ocenę, że podana przez Przystępującego osoba jako kierownik budowy, nie dysponuje wymaganym przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem. Ponadto z dowodu złożonego przez Przystępującego w postaci dziennika budowy nazwa inwestycji jest wskazana jako „Przebudowa głowic dalb odbojowych Pirsu Węglowego w Porcie Północnym w Gdańsku”. Podobnie nazwę taką potwierdził sam zamawiający tej inwestycji w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 r. Dostrzeżenia wymaga, iż nawet gdyby uznając, że wskazana inwestycja zawierałaby prace projektowe, to uzupełniony przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego wykaz osób, gdzie Zamawiający wskazał, iż wzywa do uzupełnienia wykazu osób o dodatkową inwestycję, na której wskazana osoba sprawowała funkcję Kierownika Budowy lub wskazanie doświadczenia zawodowego innej osoby w celu wykazania spełniania warunku określonego w rozdz. IX pkt 3.2) SWZ, potwierdzał, że wskazana osoba dysponuje wymaganym doświadczeniem.

Izba podzieliła również argumentację Zamawiającego, iż nawet biorąc pod uwagę, że informacje uzyskane przez Zamawiającego wskazane w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 r. przez Zarząd Morskiego Portu Gdańsk, wskazujące na nieco krótszy okres pełnienia funkcji kierownika budowy, co również wynika z dowodu przedstawionego przez Przystępującego na rozprawie w postaci dziennika budowy to i tak działanie Zamawiającego było prawidłowe, ponieważ

Przystępujący potwierdził doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na poziomie 3 lat wymaganych przez Zamawiającego.

Tak więc mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający działał prawidłowo uznając, że wyjaśnienia Przystępującego były wystraszające i dały podstawę do stwierdzenia, iż spełnia on wymogi nałożone rozdziale IX pkt 3 ppkt 2) lit. c) SWZ, tj. że dysponuje on co najmniej 3 latami doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, w tym w pełnieniu w/w funkcji na 2 robotach budowlanych, przez okres minimum 12 miesięcy, których przedmiotem było wykonanie remontu lub budowa morskich budowli hydrotechnicznych takich jak: falochron wyspowy lub półwyspowy lub nabrzeże lub pirs lub opaski żelbetowe, które były posadowione na ścianie szczelnej lub palach, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy 00/100 zł) każda, a tym samym nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 i pkt 5) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż wskazane zarzuty 3 i 4 w *petitum* odwołania również były niezasadne. Zamawiający dokonała wyboru oferty Przystępującego, ponieważ ta była w wyniku dokonanej przez niego oceny ofert, najkorzystniejsza i spełniała warunki udziału w postępowaniu. Tym samym skład orzekający nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust 1 ustawy Pzp i art. 252 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: .....